



Centro Universitário de Brasília – UniCEUB
Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento – ICPD
Programa de Mestrado em Direito

WAGNER AMORIM MADOZ

A JUSTIÇA COMO ESPETÁCULO: O JULGAMENTO DO ESCÂNDALO POLÍTICO MIDIÁTICO DO MENSALÃO

Brasília
2016



WAGNER AMORIM MADOZ

A JUSTIÇA COMO ESPETÁCULO: O JULGAMENTO DO ESCÂNDALO POLÍTICO MIDIÁTICO DO MENSALÃO

Dissertação apresentada como requisito parcial
para obtenção do título de Mestre em Direito pelo
programa de Mestrado em Direito do Centro
Universitário de Brasília.

Orientador: Prof. Dr. Bruno Amaral Machado.

WAGNER AMORIM MADOZ

A JUSTIÇA COMO ESPETÁCULO: O JULGAMENTO DO ESCÂNDALO POLÍTICO MIDIÁTICO DO MENSALÃO

Dissertação apresentada como requisito parcial
para obtenção do título de Mestre em Direito pelo
programa de Mestrado em Direito do Centro
Universitário de Brasília.

Orientador: Prof. Dr. Bruno Amaral Machado.

Brasília, 29 de junho de 2016.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Bruno Amaral Machado
Orientador

Prof. Dr. Inocêncio Mártires Coelho
Centro Universitário de Brasília – UniCEUB

Prof. Dr. Paulo José Leite Farias
Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP
Membro Externo

Prof. Dr. Antonio Henrique Graciano Suxberger
Centro Universitário de Brasília – UniCEUB
(Suplente)

MADOZ, Wagner Amorim.

A Justiça como espetáculo: o julgamento do Escândalo Político
Midiático do Mensalão/Wagner Amorim Madoz. -- 2016. 253 f.

Dissertação (Mestrado) - Centro Universitário de Brasília. Programa de
Mestrado em Direito. Orientador: Prof. Dr. Bruno Amaral Machado.

1. Processo Penal. 2. Espetáculo. 3. Escândalo Político Midiático. 4. Supremo
Tribunal Federal. I. Título.

CDU:

*“Guai a voi, anime prave!
Non isperate mai veder lo cielo:
I’ vegno per menarvi all’altra riva
Nelle tenebre etterne, in caldo e ‘n gelo.”*
(Dante)¹

¹ A *Divina Comédia*, Inferno, Canto III: 84-87.

Para

Thelma.

Agradecimentos

Agradeço inicialmente ao meu orientador Prof. Bruno Amaral Machado, aos Professores Cristina Zakzeski, Paulo Carmona, Inocêncio Mártires Coelho, Clarissa Eckert Baeta Neves, Antonio Henrique Graciano Suxberger, Jefferson Carús Guedes, Maria Edelvacy Pinto Marinho, Gustavo Ribeiro, Frederico Augusto Barbosa da Silva, Luís Carlos Martins Alves Júnior, José Geraldo de Sousa Júnior, Menelick de Carvalho Netto, com os quais tive o privilégio de dialogar durante a realização desta pesquisa. Agradeço também aos colegas do Grupo de Pesquisa Política Criminal do UniCEUB, que compartilharam muitas das reflexões que pude empreender. De igual modo, não posso deixar de expressar minha gratidão às minhas colegas da biblioteca do STF Márcia Soares de Oliveira Vasconcelos, Maria Tereza Machado Teles Walter, Talita Daemon James, Andréia Cardoso Nascimento e Salma Ligia Silva Cavalcante. Também quero agradecer a compreensão de Thelma, Raíssa, Hugo e Jorge Lucas.

Resumo

A pesquisa analisa o julgamento do Escândalo Político Midiático pelo Supremo Tribunal Federal - STF, sua diferenciação dos demais escândalos que se transformam em ações criminais, sob a perspectiva da teoria sistêmica de Niklas Luhmann. Estuda as irritações provocadas pelo sistema mídia na organização STF, a partir de notícias relacionadas com escândalos apreciados pela Corte, e como ela processa essas irritações. A observação procura refletir sobre as novas dinâmicas presentes nos julgamentos do STF, a partir da veiculação das sessões do Plenário pela TV-Justiça e sua inserção nas redes digitais. Observa a semântica criminal presente predominante nesse tipo de julgamento, a partir das teorias da racionalidade penal moderna e do garantismo penal. Procura compreender a forma como as comunicações do julgamento do Escândalo Político Midiático do “Mensalão” foram transformadas pelo sistema de comunicação de notícias em entretenimento (espetáculo).

Palavras-chave:

Escândalo Político Midiático. Julgamento Penal. Espetáculo. Supremo Tribunal Federal - STF. Teoria sistêmica de Niklas Luhmann.

Abstract

This research analyzes the Supreme Court's trial of the political scandal, its development in the media, its differentiation from other scandals that developed into criminal actions, from the perspective of Niklas Luhmann's system theory. As a basis, the present research uses the case study of media political scandal "Mensalão", as found in the Criminal Action No. 470 / MG. Studies the irritation caused by the media system in the STF organization, from news related scandals appreciated by the Court, and how it processes these irritations. The remark a reflection on the new dynamics present in the Supreme Court judgments, from the placement of the sessions of the Plenary on TV - Justice and its insertion in digital networks. This paper also seeks to achieve a note from that theoretical articulation of this semantics in this kind of trial in which there is a tendency to focus on the public in the judicial process, an aspect of modern penal rationality,

Notes the predominant present criminal semantics in this type of trial, from the theories of modern penal rationality and criminal guarantees. Seeks to understand how communications of the trial Political Scandal Media of "Mensalão" were transformed by the entertainment (spectacle).

Keywords:

Media Political Scandal. Criminal trial. Entertainment. Supreme Court – STF. System Theory by Niklas Luhmann.

LISTA DE SIGLAS

AP – Ação Penal
ART. - Artigo
Cf. – Conforme a.
CF – Constituição Federal
CNMP – Conselho Nacional do Ministério Público
CP – Código Penal
CPI – Comissão Parlamentar de Inquérito
CPP – Código de Processo Penal
DJE – Diário da Justiça Eletrônico
EC – Emenda Constitucional
EPM – Escândalo Político-Midiático
G.N. – Grifos nossos
IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
INQ - Inquérito
PF – Polícia Federal
PGR – Procuradoria-Geral da República
PL – Partido Liberal
PMDB – Partido do Movimento Democrático Brasileiro
PP – Partido Progressista
PT – Partido dos Trabalhadores
PTB – Partido Trabalhista Brasileiro
STF – Supremo Tribunal Federal
TCU – Tribunal de Contas da União

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
1. Objeto e problema de pesquisa.....	19
2. Fundamentação teórica.....	25
3. Planejamento da investigação.....	28
4. Metodologia de análise.....	29
CAPÍTULO 1 – A SOCIEDADE E O ESPETÁCULO	33
1. A Sociedade do Hiperespetáculo.....	33
2. O Espetáculo dos Escândalos Midiáticos.....	38
2.1. Estrutura Sequencial nos Subistemas Político e Jurídico.....	43
3. Princípio da publicidade no processo penal do STF.....	44
CAPÍTULO 2 – TEORIA SISTÊMICA: DISPOSITIVO TEÓRICO DE ANÁLISE	50
1. Direito e comunicação na Teoria sistêmica.....	50
1.1. Autopoiesis.....	53
1.2. Observações de primeira e segunda ordem.....	54
1.3. Sistema e ambiente (entorno).....	56
1.4. Acoplamento estrutural.....	57
2. Sistemas sociais.....	61
2.1. Comunicação.....	63
2.2. A improbabilidade da comunicação.....	65
2.3. Meios de comunicação de massa.....	66
3. Subistema social do Direito.....	75
3.1. Subistema Jurídico-Penal e a Racionalidade Penal Moderna.....	83
3.2. Teorias das penas.....	83
3.3. Judicialização da opinião pública e do público no processo.....	88
3.4. O garantismo penal.....	91
3.5. A triangulação teórica.....	92
CAPÍTULO 3 – O <i>CORPUS</i>	95
1. A construção do <i>Corpus</i>	96
2. Análise da base de dados (<i>Corpus</i>).....	100
2.1. Todos os julgamentos deveriam ser televisionados?.....	105
2.2. Comparação dos julgados do Plenário e Turmas.....	109
2.3. Resultado da análise.....	111
CAPÍTULO 4 – ANÁLISE DO ESTUDO DE CASO – AP 470/MG	127
1. O Escândalo Político Midiático do “Mensalão”.....	127
1.1. A Estrutura Sequencial do “Mensalão”.....	129
1.2. Da denúncia às alegações finais.....	131
1.3. O julgamento do mérito da Ação Penal.....	138
1.4. Cabimento e mérito dos Embargos Infringentes.....	139
2. Punidos, mas livres - o paradoxo da prescrição.....	143
3. Análise do julgamento do “Mensalão”.....	146
3.1. O julgamento do “Mensalão” na mídia.....	157
3.2. Como se irrita o STF?.....	159
3.2.1. O “ <i>agenda setting</i> ” como irritação.....	166
3.3. Observação da semântica no julgamento.....	175
4. Processo Penal como Espetáculo.....	185
4.1. Novas funções simbólicas do processo penal no STF.....	189
4.2. A performance dos atores.....	197

4.3. Tudo em nome do espetáculo?	198
4.4. O invisível corpo nu dos acusados nos julgamentos criminais	200
4.5. O escândalo como espetáculo.....	204
CONCLUSÕES.....	211
Referências bibliográficas	216
ANEXOS.....	233

INTRODUÇÃO

A sociedade contemporânea é caracterizada pelos processos cibernéticos de produção e disseminação de informações, numa quantidade e velocidade na circulação cada vez maiores e mais rápidas, constituindo um mundo complexo insuscetível de explicação por fórmulas simples, baseadas num pretenso saber científico, como única solução certa para problemas complexos. (Guerra Filho, 2012, p. 59)

É nesse cenário que se insere o estudo que se propõe empreender, a partir da teoria dos sistemas autopoiéticos de Niklas Luhmann, do julgamento criminal, qualificado como espetáculo pelas circunstâncias que serão apresentadas, a partir da observação do escândalo midiático (Thompson, 2002, p. 33) do “mensalão” (Ação Penal nº 470-MG), julgado pelo Supremo Tribunal Federal – STF, cujo mérito monopolizou a pauta do Plenário daquela Corte durante o segundo semestre de 2012.

O objetivo fundamental é compreender esse fenômeno do escândalo político, no contexto do subsistema Jurídico-Penal, e refletir sobre as implicações de forma mais ampla da característica que assume o discurso punitivo nesse tipo de julgamento. A empreitada está cercada de muito mais dificuldades do que geralmente se pensa, e os obstáculos encontrados são numerosos.

O escândalo pode ser entendido como um fato social que ofende de forma aguda as crenças, convenções sociais, morais ou religiosas estabelecidas numa dada sociedade, cuja forma pode ser classificada em três tipos básicos: sexuais, financeiros e “de poder” (Thompson, 2011, p. 16). Claro que há diversos níveis de escândalo, que podem se circunscrever a uma família, um dado bairro, município ou mesmo se estender por todo o globo, bem assim perdurar por longos meses ou até vários anos.

A presença desse fenômeno social em todas as épocas e países talvez tenha como uma das causas fundamentais o fascínio que exerce a vida íntima de celebridades ou de pessoas proeminentes, quando envolvidas em escândalos. A história registra um enorme manancial de julgamentos de escândalos, desde a Grécia Antiga - com as acusações infundadas de Aspásia e Frinéia, bem como na imposição da pena de morte sem justa causa, no caso do julgamento de Sócrates (Marinho, 1979, p. 65) – passando pelos casos envolvendo Abelardo e Heloísa, Lucrecia Bórgia, todos construídos a partir dessas personalidades.

O Supremo Tribunal Federal – STF desde sua fundação tem sido o palco do julgamento de vários escândalos, começando pela defesa das liberdades civis (1891-1898), defesa do

federalismo (1899-1910); a Doutrina Brasileira do *Habeas Corpus* (1910-1926), na classificação de Lêda Boechat Rodrigues (Rodrigues, L., 1991, p. 12-13), período no qual o STF teve inequívoco papel na construção da cidadania. Os períodos que se seguiram, marcados pela violência institucional da “Revolução de 30”, do Estado Novo, do golpe militar de 1964, tiveram inequívoca influência na composição do STF, como forma de controlar e manter o arbítrio e o autoritarismo. (Costa, 2006, p. 11-12) É claro que escândalos midiáticos pressupõem uma imprensa livre. Nos períodos ditatoriais os escândalos são controlados pelas agências de repressão estatais. Por isso podem dar a falsa impressão que não existiram.

O problema de pesquisa, aparentemente singelo, insere-se na perspectiva da sociedade hipercomplexa contemporânea, a qual possui várias características. Uma delas é dada pelo crescimento exponencial das mídias e também das linguagens, verdadeira explosão das comunicações planetárias e da emergência indiscutível da cibercultura (Santaella, 2003, p. 12). Mas é também uma sociedade da transparência, (Han, 2014) uma sociedade da exposição. Nenhum tema ganha mais relevância do que a transparência. As ações públicas só são tidas como legítimas caso se submetam às exigências não apenas da publicidade, mas da transparência dos seus processos internos. A política, a economia, a justiça, todas as esferas de governo devem necessariamente adotar a transparência sob pena de caírem, em princípio, seus agentes na classe dos suspeitos. A desconfiança se generaliza, de modo que se exige mais controle, e controle sobre controle a tal ponto que todos se vigiam.

E este processo também se reflete na vida privada, pois essa sociedade também se caracteriza por ser composta de várias espécies de espectadores, de maneira que promove a produção de olhares, se o sujeito não é visto, de alguma forma, mas, sobretudo na grande rede,² ele é invisível, não porque tem um anel de Gyges, (Platão, 2001, p. 46-47) mas porque simplesmente não existe. Ser é ser percebido na televisão, pelos jornalistas,³ com todas as implicações decorrentes disso. (Bourdieu, 2008, p. 11)

Assim, à necessidade de vigilância se soma a vontade de ser visto, de se exibir e dar-se ao ver, bem como o gosto do olhar, o gozo do olhar lascivo que a popularidade dos *reality shows* demonstra, numa estética voyerista, desencadeada pela vastidão das visualidades. De maneira que enquanto os personagens investigados de um escândalo midiático querem a invisibilidade ou

² Antes ocupado pelo rádio, (radio-transistor, nos anos de 1950) o qual “produziu uma verdadeira revolução nas comunicações, com importantes consequências socioculturais.” (Pinto, 2002, p. 59); mas foi a televisão a responsável pelas maiores transformações culturais do país, em razão da popularização do seu consumo – houve época mesmo em que se considerava que “o que é invisível para as objetivas da TV não faz parte do espaço público brasileiro. O que não é iluminado pelo jorro multicolorido dos monitores ainda não foi integrado a ele.” (Bucci, 1996, p. 11).

³ « être, c’est être perçu par les journalistes, être, comme on dit, *bien vu* des journalistes (ce qui implique bien des compromis et des compromissions) » (Bourdieu, 2008, p. 11).

a sua menor propagação, outros personagens querem ser vistos, querem construir sua reputação precisamente pela visibilidade que o escândalo proporciona.

O desenvolvimento de novas e sofisticadas formas de vigilância, não pela construção de um edifício, como o panóptico de Jeremy Bentham (Bentham, 2000, p. 18-19) para manter as pessoas sob inspeção, mas o próprio estágio tecnológico da sociedade com a vulgarização das câmeras de vídeo acopladas a outros dispositivos digitais ou não, propicia a filmagem a partir do seu ponto de vista e divulgação (“postagem”) na grande rede, de qualquer tipo de atividade, desde a mais banal de um animal de estimação até crimes de alta gravidade, e pode dar ensejo à veiculação como escândalo midiático.

Outrora, o Juiz da Suprema Corte norte-americana Louis Brandeis afirmava que a “publicidade é tida como um remédio para as doenças sociais e da indústria. A luz solar é o melhor dos desinfetantes. A luz elétrica o policial mais eficiente.” (Brandeis, 1914, p. 92).⁴ Trazendo para os nossos dias e atualizando a expressão, a câmera de vídeo ou simplesmente um aviso de que se está a ser filmado - a maioria das placas de aviso convida o leitor a sorrir - funciona como prodigioso instrumento de dissuasão de condutas, não necessariamente criminosas⁵ – como é o caso dos *folkways*⁶ e *mores*,⁷ presentes nos “flagrantes” artisticamente preparados que alguns programas de televisão exploram para entretenimento do auditório, como o teste de fidelidade conjugal da Rede TV.⁸

Claro que as imagens devidamente gravadas, ao lado das escutas telefônicas, são auxiliares eficientes do processo penal moderno, mesmo quando possibilita os “encontros fortuitos de provas”.⁹ Eles são amplamente admitidos pelo STF, como prova idônea, apta a ensejar o início de um trabalho investigativo.¹⁰ Num momento em que a criminalidade se mostra com alto grau de complexidade e organização, inclusive com sofisticadas “divisões de trabalho”

⁴ “Publicity is justly commended as a remedy for social and industrial diseases. Sunlight is said to be the best of disinfectants; electric light the most efficient policeman.” (Brandeis, 1914, p. 92).

⁵ Por exemplo, para garantia da instrução criminal, pelo qual foi preso o senador Delcídio Amaral e outros acusados, na operação policial denominada “lava jato”, Ação Cautelar 4039, ajuizada pelo Ministério Público Federal, com fundamento no art. 53, § 2º, da Constituição Federal, 312 e 313, I, do CPP, cuja decisão monocrática, referendada pela 2a. Turma (25/11/2015) aponta a prática dos delitos previstos no art. 2º. § 1º, na forma do § 4º. II, Lei 12.850/2013 entre outros.

⁶ “Os *folkways* são hábitos do indivíduo e costumes da sociedade, que surgem dos esforços feitos para satisfazer necessidades; estão entrelaçados com fantasmagoria, com demonismo e com noções primitivas sobre a sorte, adquirindo desta maneira a autoridade da tradição. Tornam-se depois reguladores das gerações sucessoras e assumem o caráter de força social.” (Sumner, 1950, p. 8) e (Pierson, 1971. p. 288 e 289).

⁷ “Quero com ela designar os usos e tradições populares, quando incluem o julgamento de serem proveitosos ao bem-estar social e de exercerem coerção para que o indivíduo se conforme com eles, embora não estejam coordenados por nenhuma autoridade.” (Sumner, 1950, p. 7).

⁸ Antes de acabar, o programa de “pegadinhas” era veiculado na Rede TV, comandado por pelo apresentador João Kléber. Disponível em: <http://www.redetv.uol.com.br/tepegueinatv/busca/?q=teste%20fidelidade>

⁹ Ou serendipidade, do inglês “serendipity”, que significa “fortunate happenstance” ou “pleasant surprise”, “acidente feliz” ou “agradável surpresa”, para quem descobre e não para quem é descoberto, naturalmente.

¹⁰ AI 626.214 AgR e MS 28.003 entre outros.

e participação de membros do Poder Público no desvio de políticas e recursos públicos, é razoável que sejam utilizadas junto com as interceptações telefônicas e as quebras de sigilo bancário e fiscal - obedecidos os requisitos constitucionais.

Grande parte dos escândalos midiáticos se originou da divulgação de imagens ou escutas telefônicas cujo conteúdo revela desvios de conduta, qualificados ou não como crimes, como é exemplo o vídeo que deu início ao escândalo político midiático do “mensalão”, objeto dessa investigação.

O fenômeno do escândalo tem sido objeto de pesquisa de vários campos do saber, como a Comunicação, a Filosofia, a Sociologia e a Antropologia, sobretudo em razão dos seus efeitos¹¹ na vida social. O problema de pesquisa está assim vinculado com a nova semântica que os julgamentos de escândalos midiáticos adquiriram a partir da visibilidade sem precedentes na história, em razão de uma observação sobre a transmissão das sessões de julgamento do Supremo Tribunal Federal – STF, pelo canal de televisão TV-Justiça.

De fato, criada para dar mais publicidade aos atos do Poder Judiciário, a TV-Justiça inseriu a Justiça na “televisão”, fazendo com que os atos jurídicos, particularmente os julgamentos, deixem de ser exclusividade de juristas. De modo que as pessoas não familiarizadas com o Direito tomam conhecimento de como funciona a Suprema Corte brasileira, como se vestem os ministros, o Procurador-Geral da República, os advogados, como são discutidas as causas, como se manifestam nos votos, sobre o que votam, os dramas envolvidos nos processos, as anedotas que contam, tudo o que ocorre numa sessão de julgamento do Plenário do STF é, sem qualquer edição ou corte, colocado à disposição de quem quiser olhar.

Com a introdução da TV e Rádio Justiça os julgamentos dos escândalos passaram também a ter nas imagens e sons uma nova forma de publicidade e documentação das sessões em que ocorreram. De modo que a forma escrita, de leitura, portanto, não é mais o único meio de conhecimento das decisões judiciais daquela Corte de Justiça. A partir dos vídeos (compostos de imagens e sons) dos julgamentos realizados é possível ter outro tipo de leitura dos acórdãos. É possível assistir (ver e ouvir) ao acórdão. A integração de vídeo (imagem e som) e dados – multimídia – é a marca atual desse fenômeno jurídico, mas parece evidente que as mídias interativas terão aplicabilidade no processo judicial.

¹¹ Para Othon M. Garcia, “legitimamente, só os fatos ou fenômenos físicos têm causa; os atos ou atitudes praticados ou assumidos pelo homem têm razões, motivos ou explicações. Da mesma forma, os primeiros têm feitos, e os segundos, consequências.” (Garcia O., 2002, p. 237)

No contexto desta pesquisa, chamam-se vídeos às manifestações visuais e sonoras disponibilizadas através de arquivos digitais pela TV-Justiça, e também na *internet* - mídias sociais: *youtube* e *twitter* -; e multimídia os múltiplos meios digitais utilizados na representação de uma informação (dados, áudio e vídeo).

Parece ser imprescindível a reflexão sobre as articulações entre esses múltiplos meios de narrativas textuais, vídeo (imagem em movimento) e som (a voz dos magistrados, advogados e membros do MP) que dão novos significados ao conteúdo do ritual judicial do STF e em particular das suas decisões judiciais de forma inequivocamente dinâmica. É que os vídeos por estarem ligados historicamente à televisão – como produtos dinâmicos de lazer e entretenimento – são totalmente contrários aos formais e estáticos acórdãos escritos - produzidos para serem unicamente lidos.

Os vídeos dos julgamentos assumem também uma forma de representação multilinguística, onde está presente a superposição de códigos e significações, manifestações audiovisuais, claramente mais próximas do dinamismo e práticas comunicacionais da sociedade contemporânea (Moran, 1995, p. 27) do que os processos textuais baseados exclusivamente na leitura de caracteres impressos em papel.

O audiovisual chegou aos tribunais de forma emblemática a partir do próprio Supremo Tribunal Federal, cuja primeira sessão de julgamento totalmente filmada ocorreu por ocasião do julgamento do escândalo da época do Presidente Collor (1990-1993), nos Mandados de Segurança 21.564 e 21.623, impetrados pelo então Presidente da República Fernando Collor de Mello, questionando o início do processo de seu *impeachment* – após o recebimento da denúncia pela Câmara dos Deputados¹² e instaurado o processo pelo Senado Federal, que o afastou de suas funções no ano de 1993. O então presidente do STF, ministro Sydney Sanches, autorizou a emissora TV Globo a realizar o registro das imagens, a qual transmitia flashes do julgamento, à medida que os votos eram proferidos.

Talvez em função do enorme aparato que carregavam, câmeras, iluminadores, repórteres, que de certa forma causaram uma impressão negativa nos ministros, a experiência não se repetiu nos processos subsequentes (em 16/12/1993, o MS 21.689, no qual se buscava anular o julgamento que decretou o *impeachment* do impetrante pelo Senado Federal, em razão de ele ter renunciado um dia antes do julgamento se iniciar, que teve inclusive o insólito empate ao final – 4 ministros deferiam o *mandamus* e 4 outros deferiam apenas em parte -, razão pela qual o

¹² Denúncia subscrita por Alexandre Barbosa Lima Sobrinho, Presidente da Associação Brasileira de Imprensa, e Marcello Lavenère Machado, Presidente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, por crimes de responsabilidade - improbidade administrativa.

julgamento foi adiado para que fossem convocados ministros do STJ para compor o quórum e “desempatar” o julgamento; e em 13/12/1994, a AP 307, envolvendo o mesmo ex-Presidente da República). As televisões, quando eram autorizadas, apenas realizavam curtas imagens dos julgamentos e depois se retiravam do Plenário.

Somente com a instalação da TV-Justiça é que as imagens dos julgamentos foram efetivamente disponibilizadas de forma direta ao público externo. Não houve modificações substanciais nas instalações prediais do STF, apenas algumas discretas câmeras (5) e melhoria da iluminação interna, algo imperceptível comparado com os aparatos das grandes emissoras de televisão.

A análise dessas transmissões de julgamentos realizadas pela TV-Justiça revela que ela aproxima o Tribunal do cidadão comum, atualiza sua linguagem jurídica à forma genuína de comunicação da sociedade urbana, porém, com isso, acarretou novos problemas para a prestação jurisdicional. Em primeiro lugar, a possibilidade de confronto entre as mídias, ou seja, os votos dos juízes tal como foram lidos ou proferidos na sessão de julgamento e aqueles que constam no processo físico respectivo. Na medida em que apenas os votos escritos, formalizados no acórdão, é que são juntados aos processos, tanto em meio físico (de papel) quanto eletrônico (digitais). Os vídeos, apesar da sua evidente importância, ainda não fazem parte oficialmente dos processos judiciais do STF, como peças processuais.¹³ Servem para divulgação externa das sessões plenárias, pela TV-Justiça, e internamente para verificação e transcrição das manifestações dos ministros, quando não foram os votos proferidos antes digitados, em forma de documento escrito. Pode-se dizer que a realidade normativa que norteia os procedimentos de documentação não acompanhou a prática processual do STF.¹⁴

A par dessas mudanças nas práticas processuais, o que nos parece ter sido mais significativo foi o caráter externo, notadamente quanto aos efeitos que a disponibilização dos vídeos dos julgamentos, de modo particular os dos processos criminais, suscita nos espectadores. A opinião pública passou a ter a possibilidade de acesso diretamente aos julgamentos, de forma instantânea, reagindo muitas vezes imediata e mesmo violentamente aos

¹³ O Regimento Interno do STF apenas determina a transcrição do áudio: “Art. 93. As conclusões do Plenário e das Turmas, em suas decisões, constarão de acórdão, do qual fará parte a transcrição do áudio do julgamento.”

¹⁴ Determina o Regimento Interno do STF, no art. 96, que: “Em cada julgamento a transcrição do áudio registrará o relatório, a discussão, os votos fundamentados, bem como as perguntas feitas aos advogados e suas respostas, e será juntada aos autos com o acórdão, depois de revista e rubricada.”

julgamentos, ou aos pronunciamentos de juízes no curso de julgamentos, como ocorreu, à *outrance*, no curso do julgamento da Ação Penal 470 (escândalo do mensalão).¹⁵

Esse aspecto externo é inteiramente novo no processo judicial brasileiro, sobretudo no processo criminal, a demonstrar uma alquimia duvidosa entre mídia e justiça (Garapon, 1999, p. 75). Não tanto pelas possibilidades de pressões da opinião pública ou o que os meios de comunicação de massa dizem ser a opinião pública – mesmo porque pressões sempre estiveram presentes na história do STF. O que transparece é o conhecimento direto e imediato dos julgamentos e a reação do auditório – uma espécie de julgamento popular do julgamento judicial realizado pelo STF –, sob a forma de manifestações diretas, seja através das mídias sociais, seja através de mensagens eletrônicas sobre o acerto ou desacerto das decisões ou votos dos juízes do STF. A TV-Justiça possibilitou, assim, um novo olhar sobre os julgamentos do Tribunal, muito além das gravatas (vestimentas) e coques (penteados) dos juízes.¹⁶

As imagens e os sons – o audiovisual – são uma rica experiência cultural legada pelo Século XX, sua abordagem na presente pesquisa procura ir além da mera reprodução descritiva desses julgamentos de escândalos. Procura ir além, na medida em que levanta o véu que cobre esses julgamentos de escândalos, para compreender a semântica¹⁷ presente na resposta penal ao fenômeno social do escândalo político midiático.

1. Objeto e problema de pesquisa

Compreender a estratégia criminal presente no julgamento do escândalo midiático “mensalão” pelo Supremo Tribunal Federal, sob a perspectiva da teoria dos sistemas autopoieticos, é o problema principal da pesquisa. Ao construí-lo, procurou-se, porém, observar muito além das narrativas textuais (acórdãos) e do espetáculo (vídeo e áudio) dos julgamentos, e verificar o que está por trás desse fenômeno. É uma tentativa de compreender como a própria

¹⁵ A natureza da competência constitucional originária do STF, que previu determinadas autoridades como sujeitas de processos criminais perante essa Corte, suscita uma relação apaixonada dos espectadores, os quais em geral raciocinam na forma reduzida da lógica maniqueísta do bem e do mal, do amigo e do inimigo.

¹⁶ Os termos são do ministro Marco Aurélio: “ConJur — O ministro Moreira Alves reclama que a transmissão expõe demais os ministros, além de alongar os votos. Marco Aurélio — Certa vez eu disse que a TV-Justiça era responsável pela melhoria das gravatas, e, como tínhamos a elegância da ministra Ellen Gracie, pelo penteado da ministra, pelo coque da ministra. Mas eu tenho que admitir que talvez a TV-Justiça possa tocar não só a vaidade dos integrantes como também a vaidade dos advogados, que buscam esgotar o tempo da sustentação oral. É um marketing. Mas isso já está suplantado. Hoje em dia penso que cada qual atua sem se preocupar, mesmo porque não se vem para o Supremo para formar perfil. Imagina-se que aqueles que aqui chegam já tenham um perfil formado e um grau de acatamento maior na academia.” Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-jun-12/entrevista-marco-aurelio-ministro-supremo-tribunal-federal>? Último acesso 12/9/2015

¹⁷ “Ma anche quando una forma viene conservata come importante - e per questo introduciamo il concetto di semantica - si mantiene sempre la libera capacità del substrato mediale di procedere ad accoppiamenti sempre nuovi. Elementi slegati (o appena legati) sono disponibili in grande quantità. Le parole, per esempio, possono essere utilizzate tanto spesso quanto si vuole, senza che così le possibilità d'uso si riducano neppure di una minima quantità.” (Luhmann; De Giorgi, 2008, p. 67)

estrutura desse tipo de escândalo midiático pode se sobrepor ao processo, que tende a perpetuar esse rótulo para além da morte dos acusados.

Os temas relacionados com a veiculação pelo sistema de comunicação de grandes escândalos, bem como seu julgamento pelo sistema jurídico, possuem vasta tradição analítica, inclusive abordando a conexão entre eles.¹⁸ O que nos interessa mais de perto não é propriamente a decisão judicial criminal realizada pelo STF, vista no seu caráter interno ao Direito. Essas questões são pressupostas, resultado que são de um longo desenvolvimento através de séculos de experiência do sistema jurídico. Interessa-nos, todavia, especialmente compreender como o sistema Jurídico-Penal observa – nas suas operações comunicativas – os observadores.

O que se espera dessa observação sobre os escândalos políticos midiáticos julgados pelo STF? Fundamentalmente, compreender como a organização central do sistema jurídico constrói suas observações sobre os escândalos políticos midiáticos, bem como a forma com que o sistema Jurídico-Penal processa as irritações do sistema de comunicação social, seja na forma de notícias e, num processo de evolução sistêmica, sob a forma de entretenimento (espetáculos).

O itinerário da busca das respostas utiliza o enfoque sistêmico, o qual rejeita os conceitos forjados para descrever a modernidade como liberdade, igualdade e bem comum; homem, subjetividade e razão; progresso, ação e causalidade. (Campilongo, 2011b, p. 125) Essa rejeição decorre do fato destas concepções não conseguirem descrever adequadamente a sociedade moderna, porque elas se fundamentam no Iluminismo como base de suas observações. Essa sociedade possui como característica a estruturação em sistemas funcionalmente diferenciados. (Campilongo, 2011b, p. 125) Além disso, produz uma observação diferenciada em relação às outras abordagens, por conceber os fenômenos que ocorrem dentro da sociedade como observações. Os sistemas funcionais observam eles mesmos (auto-observação) e o seu ambiente através de comunicações. (Machado, 2014, p. 38)

Assim, esse referencial teórico permite observar o que as outras abordagens não veem, mas pressupõem, também, que ele não consegue visualizar aspectos já bastantes sedimentados por outras teorias. Como, por exemplo, as categorias jurídicas relacionadas com o Direito Criminal, a sentença penal, e outros aspectos inerentes ao estudo do processo criminal (“dogmática”).

¹⁸ O estudo dos meios de comunicação de massa, por exemplo, possui inúmeras teorias, sob os mais variados pontos de abordagem. As conexões entre meios de comunicação e o sistema jurídico também é objeto de observação de diversas perspectivas, como a realizada pelo Professor Nilo Batista (Batista, 2002, p. 271-288)

A observação sistêmica do Estudo de Caso foi inspirada no método empregado por Luhmann, ao analisar o caso da admissão de homossexuais no exército norte-americano (Luhmann, 1993, p. 763-782). Esse método consiste basicamente na decomposição ou desconstrução do fenômeno observado e na identificação dos subsistemas envolvidos e suas respectivas conexões e irritações. Ele também ajudou evitar as várias armadilhas presentes nesse tema complexo, em particular a tentação de adotar uma posição ideológica quanto aos problemas jurídicos e políticos envolvidos no julgamento do escândalo político midiático - EPM, no acerto ou desacerto dos procedimentos, na justiça ou injustiça da absolvição ou condenação dos acusados, nas teorias jurídicas adotadas, etc.

De fato, constitui um desafio analisar um escândalo político midiático com a objetividade e o distanciamento necessários, ainda mais por alguém que, por dever de ofício, estava muito perto do teatro dos acontecimentos. Exige-se uma independência ou ausência de qualquer envolvimento com as partes envolvidas no conflito e é claro que o pesquisador jamais poderá situar-se completamente fora do sistema que analisa (Pires, 2014, p. 70), mesmo porque, hoje não se “acredita mais que a neutralidade do pesquisador seja possível. Falar em uma análise inteiramente neutra constitui uma forma de mistificação e em voltar a ter uma enorme confiança na metodologia.” (Pires, 2014, p. 71) De sorte que, além da complexidade¹⁹ do tema, constitui uma instigante tarefa fazer a crítica do pensamento criminológico moderno presente nesse tipo de julgamento especialmente trágico, com distanciamento em relação ao objeto de pesquisa. (Possas, 2016, p. 101)

Nesse sentido, David Garland observa que só analisando nossas formas de pensar e atuar no campo do controle do delito e da justiça penal como um todo se pode ter a esperança de descobrir as estratégias, racionalidades e culturas que formam sua estrutura e organização característica (Garland, 2005, p. 10). Ocorre que uma perspectiva dessa natureza global não é possível ser realizada, com os recursos de pesquisa ora disponíveis, razão pela qual foi combinado como estratégia de pesquisa o estudo de caso. Aliás, um caso muito peculiar – o escândalo político do “mensalão”. Todavia, procurou-se refletir a partir desses detalhes particulares sobre as respostas ao escândalo político midiático nos vários tipos de delito que o compõe. Busca assim superar aquela tensão entre as generalizações amplas e a especificação de particularidades empíricas, existentes no caminho da compreensão da vida social. (Garland, 2005, p. 9)

¹⁹ Luhmann entende por complexidade a “totalidade das possibilidades de experiência ou ações, cuja ativação permita o estabelecimento de uma relação de sentido.” (Luhmann, 1983, p. 12) A complexidade depende, assim, das observações, por parte dos sistemas constitutivos de sentido.

Um modelo pode ser simples ou complexo, exaustivo ou não, pode se aplicar apenas à narrativa textual (acórdão) ou ao espetáculo (as imagens do julgamento) ou a ambos, referentes ao fenômeno do julgamento criminal do escândalo midiático. Assim, fazendo uma analogia com o jogo esportivo, alguns pesquisadores, segundo a opção de análise, se contentarão com aspectos judiciais do caso, as contradições ou acertos de manifestações dos ministros nos diversos crimes e acusados – seria a análise circunscrita ao que está ocorrendo na arena do jogo processual; outros, terão por perspectiva as manifestações dos auditórios, como os espectadores reagem na medida em que o julgamento se desenrola; e finalmente há os que se preocupam com o jogo propriamente dito, ou seja, com as implicações que o resultado do julgamento do escândalo político midiático trará ao restante do sistema judicial e da sociedade.²⁰

Essa última perspectiva é a que se procurou adotar. Entretanto, nenhuma dessas abordagens podem se sobrepor às demais. Não é possível uma apropriação metodológica exclusiva dos fenômenos, pois qualquer das abordagens pode servir de instrumento adequado para o nível de análise escolhido. Podem, inclusive, ser combinadas numa mesma pesquisa, desde que o objeto e a necessidade metodológica a justifique. Neste caso, nosso interesse mais amplo está na compreensão do sistema jurídico e em particular a forma como ele decide (observa) esse tipo de fenômeno (escândalo político midiático). Poderia essa posição metodológica ser considerada “um campo de observação sistemática.” (Bauer; Gaskell; Allum, 2015, p. 18) porque permite um olhar distanciado do fenômeno, sem, no entanto, ser uma avaliação genérica, desvinculada das evidências.

Na verdade, trata-se de uma posição ideal, um tipo ideal de análise, pois não é possível um afastamento e envolvimento absolutos em relação aos fenômenos que ocorrem dentro dos sistemas sociais, como se o analista estivesse fora do sistema que analisa. (Pires, 2014, p. 70) No delineamento da pesquisa, buscou-se analisar o julgamento do escândalo político midiático do “mensalão”, realizado pelo STF, como forma de compreender as conexões existentes entre os diversos sistemas, que se interpenetram a ponto de suscitar uma possível causalidade operativa entre a opinião pública, ou a opinião publicada, nas decisões proferidas. O que reforçaria a conclusão de alguns, para que não fossem televisionadas as sessões do Plenário do STF, porque esse fato modificaria a forma ou o conteúdo dos respectivos julgamentos.

Os princípios estratégicos da pesquisa são o levantamento por amostragem dos acórdãos do Plenário e das Turmas e o Estudo de Caso. Na coleta de dados, foram combinadas a

²⁰ Embora implícita, a noção de sistema adotada é baseada na teoria sistêmica de Niklas Luhmann (Luhmann, 2006).

observação dos vídeos dos julgamentos, o conjunto de documentos (acórdãos) correspondentes, e as matérias jornalísticas envolvendo este Escândalo Político Midiático.

A amostragem construída nesta pesquisa qualitativa com processos judiciais criminais procura fornecer uma base lógica para o estudo de apenas parte do grande universo de processos do STF. De fato, não há como englobar todos os inquéritos e ações penais (mais de 500) no espaço de tempo e com os recursos disponíveis.

Fundamentalmente, o que une essa pequena amostra é a categoria funcional dos acusados e o fato de envolver de algum modo um escândalo midiático. Os acusados são ocupantes de cargos públicos aos quais a Constituição Federal outorgou a prerrogativa de função (art. 102, inciso I, letras “b” e “c”, CF) bem como aqueles em que os delitos alegadamente perpetrados estão vinculados por conexão ou continência (CPP, artigos 69, V, e 76 e 77). Já os escândalos foram em menor escala objeto de atenção de meios de comunicação de massa, muito embora a maioria esteja localizada geograficamente num município ou Unidade da Federação.

No estudo de caso, a observação de como os meios de comunicação de massa observam o julgamento dos escândalos políticos midiáticos sugere que o julgamento pode assumir a forma²¹ de um espetáculo – portanto, de um produto de entretenimento, (Luhmann, 2005, p. 93) pertencente à esfera do “*Show business*.” Enfim, sob a forma de uma celebração da punição pelo ritual de condenação dos acusados.

Uma observação dessas observações revela que podem estar presentes duas respostas criminais, possivelmente antagônicas: a racionalidade penal moderna (Pires, 2004, p. 39) e a afirmação de um modelo garantista penal, como técnica de minimização da violência e maximização da liberdade. (Ferrajoli, 2014, p. 786)

A hipótese é a de que a racionalidade penal moderna – quadro cognitivo descrito por Álvaro Pires, como sistema de ideias sobre a sanção criminal, “que projeta um conceito particular da pena, centrada na exclusão social e no sofrimento” (Possas, 2016, p. 101) bem como na prevalência da juridicização da opinião pública pelo sistema penal (Pires, 2004, p. 48-49) - pode ter sido a semântica identitária majoritariamente adotada em boa parte do julgamento

²¹ Sobre a distinção entre meio e forma, ver (Luhmann; De Giorgi, 2008, p. 61-67) e (Campilongo, 2012, p. 44-47); basicamente é uma maneira de diferenciação. Para Luhmann, não existe nenhuma forma sem meio, da mesma forma não existe meio sem forma. (Luhmann, 2011, p. 234) Essa distinção, ao contrário daquela sistema/ambiente, é feita dentro do sistema. Aliás, a própria distinção entre meio (*medium*) e forma constitui-se numa forma. (Luhmann; De Giorgi, 2008, p. 66) Assim, por exemplo, as palavras são o meio e as frases são a forma. O sistema de comunicação, por exemplo, “I sistemi della comunicazione costituiscono se stessi mediante una distinzione tra medium e forma. Quando parliamo di «media della comunicazione», intendiamo sempre l'uso operativo della differenza tra substrato mediale e forma.” (Luhmann; De Giorgi, 2008, p. 64). Luhmann afirma que esse conceito foi elaborado a partir da contribuição do psicólogo austríaco Fritz Heider, o qual busca explicar o que torna possível o processo de percepção. (Luhmann, 2011, p. 232)

do escândalo político midiático do “mensalão”. Em particular, na condenação dos acusados e na fixação de longas penas privativas de liberdade e multas financeiras.

Essa estratégica criminal contrapõe-se a outra, na qual, a despeito das pressões da opinião pública ou publicada, alguns magistrados absolveram acusados ou aplicaram-lhes penas mais brandas, ou mesmo admitiram o recurso de embargos infringentes, cuja existência estava envolvida em controvérsias interpretativas antagônicas, e optaram por aquela que mais se aproximou ao *jus libertatis* dos acusados (Rangel, 2006, p. 32). Essa observação pode configurar a afirmação de um modelo garantista penal, na perspectiva da maximização da liberdade. (Ferrajoli, 2014, p. 786).

A estratégia de observação constituiu-se na verificação da presença de elementos que confirmem ou contestem a hipótese de que a estilização midiática possa influir de alguma forma no julgamento. A observação dos acórdãos levou em consideração a possível presença de componentes que indiquem o direcionamento dos pronunciamentos judiciais para fora do processo. A maior ou menor exposição midiática também poderia influir no tamanho dos votos e no tempo de julgamento.

Para verificar essa hipótese foi construído um *corpus*²² de acórdãos aleatórios – porque são absolutamente indiferentes em relação aos demais acórdãos – julgados no Plenário e outros julgados pelas Turmas, como estratégia de investigação de possíveis alterações nesses julgamentos. Como se sabe, o canal de televisão TV-Justiça, administrado pelo STF, somente transmite as sessões de julgamentos realizadas pelo Plenário. A ideia é confrontar esses julgamentos, uma vez que nas Turmas julgadoras, não há essa veiculação televisiva.

Em seguida, a pesquisa qualitativa se detém mais especificamente na Ação Penal nº 470-MG. A escolha desse processo como estudo de caso deve-se, entre outras razões, por constituir um desafio realizar uma crítica do julgamento pelo STF do escândalo político midiático, bem como pelo fato de que dificilmente aquele Tribunal apreciará um escândalo político midiático com tantos réus, crimes e visualidades midiáticas como ocorreu nesse caso, a consumir quase uma centena de sessões de julgamentos (considerando-se o inquérito, as questões de ordem, a ação penal e seus incidentes). Apenas nessa Ação Penal – excluindo-se, portanto, o Inquérito nº 2.445, e as Execuções Penais - foram registrados 1.817 petições; 953 peças processuais; 4.478 textos (decisões e despachos processuais); 246 comunicações e 93 acórdãos.

²² “Conjunto limitado de materiais determinado de antemão pelo analista, com certa arbitrariedade, e sobre o qual o trabalho é feito. Podem-se distinguir *corpora* com objetivos gerais, tais como *corpora* linguísticos, de *corpora* tópicos, tais como um conjunto de entrevistas qualitativas em um projeto de pesquisa social.” (Bauer; Gaskell, 2015, p. 496)

O STF, certamente em função da própria observação de si mesmo, de como ele realizou a observação desse caso, adotou uma política judiciária transferindo a competência para o julgamento da maioria desses conflitos penais para as Turmas, (caso de parlamentares federais, inequivocamente a clientela mais frequente nesses tipos de escândalos midiáticos) bem como adotou uma política processual minimalista de determinar o desmembramento das ações penais e inquéritos com pluralidade de acusados, fazendo com que permaneça no STF somente os detentores de prerrogativa de função.

2. Fundamentação teórica

A concepção teórica foi construída com base na teoria dos sistemas autopoieticos de Niklas Luhmann, em particular o modo pelo qual são descritas as interações sistêmicas entre os diversos subsistemas sociais – jurídico, político e o de comunicação (classificado em notícias, propaganda e entretenimento). (Luhmann, 2005, p. 51) A teoria dos sistemas autopoieticos fornece elementos analíticos importantes para compreender esse fenômeno que é descrito em detalhes na teoria social dos escândalos midiáticos de John Thompson. (Thompson, 2002, p. 34)

A racionalidade penal moderna elaborada por Álvaro Pires (Pires, 2004, p. 48-68) pode ser concebida como um sistema de ideias baseado nas semânticas dominantes do sistema de Direito Penal moderno (Dubé; Pires, 2010), p. 29-30). O modelo garantista penal é fruto das reflexões de Luigi Ferrajoli, (Ferrajoli, 2014, p. 786) que muito se assemelha com o caráter contramajoritário²³ que algumas decisões do Supremo Tribunal Federal – STF assumem. (Barroso, 2014, p. 14-17) O STF, como organização central do subsistema jurídico brasileiro, com base na Constituição, pode sobrepor suas decisões àquelas dos representantes da política majoritária (Poderes Legislativo e Executivo). É o caso da declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos, bem como da adoção de decisão que entenda ser a mais correta e justa, nem sempre coincidente com a mais popular. (Barroso, 2013, p. 4)

Segundo a teoria social do escândalo, o que está por trás desses fenômenos é uma questão de luta pelo poder simbólico, que ressalta as conexões entre escândalo, reputação e confiança (Thompson, 2002, p. 34). No Brasil, quando o escândalo político midiático chega ao STF, em geral ele já foi fruto de apreciação pelo Congresso Nacional, por uma Comissão Parlamentar de Inquérito - CPI -, todavia, é no Supremo que se concentra o palco final, onde

²³ “El derecho constitucional, en cuanto derecho, es sutileza, estabilidad, ponderación y equilibrio entre los factores principales de la vida social y política. Para ser así, no puede fundarse sobre la fuerza contingente, la que pretende prevalecer aquí y ahora por el único hecho de existir. El sentido del derecho y de la Constitución radica en lo contrario: impedir su descarnado predominio.” (Zagrebelsky, 2008, p. 98) Assim, essa função contramajoritária, como lembra o professor Zagrebelsky: “Se cedieran a la tentación de recurrir al consenso popular, no sólo traicionarían completamente su función, sino que se dejarían seducir por cantos de sirenas que los conducirían al desastre. ‘No seguirás a la mayoría para hacer el mal’ (Éxodo 23, 2) se da a los jueces que no traicionan su deber.” (Zagrebelsky, 2008, p. 99)

todo o processo do escândalo atinge o clímax e ocorre o seu desfecho. Não apenas como evento midiático, facilitado em grande medida pela amplificação que os veículos de difusão do próprio STF proporcionam (TV-Justiça, Rádio Justiça e mídias digitais que a Corte faz largo uso) mas, também, como observação do próprio sistema jurídico, como ele observa a observação de outros observadores.

A fase do julgamento criminal do escândalo político midiático constitui-se num acontecimento social de inequívoco interesse popular, e por essa razão provavelmente a sua exploração econômica por aqueles que fazem desses eventos uma atividade lucrativa, ou seja, a veiculação constante do ritual de julgamento, do espetáculo das visibilidades que compõem o *show* que se desenrolará na apreciação judicial do escândalo midiático.

Talvez a maior dificuldade da pesquisa, envolvendo os julgamentos dos escândalos políticos midiáticos, esteja na elaboração do recorte a ser observado, em razão da multiplicidade de problemas de grande complexidade da vida real, os quais, após as análises-sínteses das evidências, geram outros problemas, cujas perspectivas não tenham sido levadas em consideração, frustrando o equivocado desejo de completude adotado inicialmente.

A posição do acusado no ritual judicial é um desses problemas. Ao se adotar no julgamento a perspectiva da racionalidade penal moderna, como estratégia penal ou de uma semântica identitária e de autorretratos identitários (Dubé; Pires, 2010, p. 27) essencialmente punitivo, para reforçar a moralidade das “pessoas honestas”, (Pires, 2004, p. 43) o acusado tende a ser colocado em segundo plano; na medida em que há a tendência de se privilegiar os auditórios, na presunção indemonstrada de que, de algum modo, com as sanções aflitivas, se possa satisfazer os anseios da comunidade de punir os culpados, tidos como inimigos da sociedade, e assim atingir a pacificação social, (Casara, 2015a, p. 194-195) mas, também, parece assumir uma preocupação da sociedade de se livrar dos perversos, uma parte maldita de si mesma. (Roudinesco, 2008, p. 7)

Quanto à coleta de dados, procurou-se ao máximo utilizar os dados disponíveis externamente ao STF, tanto em relação aos textos narrativos encarnados em documentos escritos, quanto em relação às imagens dos julgamentos, ambos disponíveis na *internet*. Raras vezes foram utilizados recursos internos do STF, como foi o inevitável uso das imagens dos julgamentos realizados pelas Turmas e que compõem o *corpus* da pesquisa, os quais não estão disponíveis para o público externo, mas eram absolutamente necessários para testar a hipótese, segundo a qual o tamanho dos votos se altera conforme haja ou não a exposição midiática (transmissão pela TV – Justiça).

Como dito, logo após o julgamento do escândalo político midiático do “mensalão”, Ação Penal nº 470/MG - e com certeza fruto da observação que o STF fez de como ele mesmo realizou a observação de observadores – foi alterada a competência para processar e julgar os inquéritos e ações penais, envolvendo parlamentares, do Plenário para as Turmas. Essa mudança fez com que a análise pudesse ser ampliada, ou seja, não apenas compreender a semântica identitária presente no estudo de caso, mas comparar os escândalos políticos midiáticos julgados no Plenário e nas Turmas, para verificar se o deslocamento da competência alterou a forma ou o conteúdo da apreciação judicial desses casos.

Segundo vários autores, nos julgamentos realizados pelo Plenário, os votos dos ministros ficaram mais longos, porque eles buscariam cada vez mais “aparecer na televisão”.²⁴ A comparação teria, assim, a finalidade objetiva de identificar essa característica, ou seja, aqueles julgados no Plenário possuiriam uma extensão bem maior do que aqueles julgados pelas Turmas, nas mesmas hipóteses criminais.

Assim, foi constituído um *corpus* de ações penais, de maneira aleatória, tendo em conta que era indiferente a escolha de outros processos, por possuírem todos eles as mesmas características – crimes contidos em escândalos políticos, envolvendo parlamentares. Com esses dados, é possível averiguar não apenas o tamanho dos votos (em folhas ou laudas) mas, também, o tempo de duração do seu pronunciamento, ou seja, sua leitura e, por consequência, dos julgamentos do Plenário e das Turmas, e concluir num sentido ou noutro.

Como já afirmado, a escolha como estudo de caso do julgamento do escândalo político midiático do “mensalão” se deveu às características emblemáticas que esse caso assumiu na história do Supremo Tribunal Federal. Uma cobertura implacável da imprensa e um inusitado clamor público, como nunca havia acontecido. (Mendonça; Barroso, 2013, p. 5)

É sintomático que esse julgamento, como dito anteriormente, o mais longo e de maior repercussão já apreciado pelo STF, não tenha envolvido diretamente uma questão constitucional relevante e transcendente dos interesses dos envolvidos no processo, ou seja, que ultrapassasse o próprio conflito criminal presente no litígio. As questões constitucionais que surgiram no caso, como a perda do mandato eletivo, automática ou não, em função da condenação penal, não representaram a parte central do julgamento. (Mendonça; Barroso, 2013, p. 5) Muito embora se possam considerar os possíveis reflexos constitucionais do julgamento, como uma condenação

²⁴ Ainda que confirmada essa hipótese, ela estaria muito além dos propósitos da pesquisa, ou seja, investigar por que, ou por qual motivo os ministros do STF gostariam de aparecer mais na televisão. Mesmo porque a possível busca de um “capital simbólico”: reputação, confiança como caracteres de uma personalidade proba e honesta é pressuposto de investidura do cargo de ministro do STF (reputação ilibada). Essa busca desse “capital” estaria mais relacionada com o sistema político. (Thompson, 2002, p. 107)

de práticas recorrentes da política institucional brasileira, bem como tenha a Corte concretizado um desejo social difuso de extensão do sistema penal aos desvios ocorridos na política e na criminalidade econômica. (Mendonça; Barroso, 2013, p. 7)

Na observação realizada, foi adotada a estratégia da pesquisa qualitativa documental, para verificar a semântica identitária ou o autorretrato identitário, (Pires, 2004, p. 43) presente no julgamento desse peculiar escândalo político midiático.

A coleta de dados foi realizada, assim, no site do STF (www.stf.jus.br) e importado para o software Nvivo (versão de avaliação temporária). O trabalho de campo foi realizado colhendo-se os vídeos - a maioria disponível no *youtube* -, os documentos oficiais dos acórdãos, que representam a substância do veredito judicial, as matérias jornalísticas, além de outras pesquisas informativas ou de crítica doutrinária sobre esse Caso.

3. Planejamento da investigação

Procurou-se detalhar ao máximo o planejamento de toda a investigação, destacando-se a construção de um protocolo do caso,²⁵ contendo a descrição dos instrumentos de coleta de dados e evidências, as estratégias de análise, as possíveis triangulações de dados, os prováveis encadeamentos de evidências e as avaliações das teorias previamente admitidas, com a finalidade de se construir uma base teórica para a compreensão do objeto de estudo: o escândalo político midiático do “mensalão”. (Martins; Theóphilo, 2009, p. 66)

A investigação segue uma estrutura linear, quer dizer, uma abordagem padrão orientada por uma sequência de tópicos “que inclui o tema, a questão ou problema que está sendo estudado, uma revisão da literatura, ou seja, exposição da plataforma teórica do estudo, as técnicas de coleta utilizadas, as descobertas obtidas, conclusões e recomendações.” (Martins; Theóphilo, 2009, p. 70)

Na análise dos julgamentos (acórdãos e vídeos) do Plenário e das Turmas, que constituem o *corpus* da pesquisa, os dados captados consistiram basicamente no número de folhas dos respectivos acórdãos, elaborados com o mesmo tipo e tamanho de caracteres, e na duração dos vídeos, para realizar a comparação.

Quanto ao protocolo do estudo de caso propriamente dito – escândalo político midiático do “mensalão” (AP 470-MG) -, sua estrutura foi projetada da seguinte forma:

²⁵ “No contexto de um Estudo de Caso o protocolo é um instrumento orientador e regulador da condução da estratégia de pesquisa. O protocolo constitui-se em um forte elemento para mostrar a confiabilidade da pesquisa. Isto é, garantir que os achados de uma investigação possam ser assemelhados aos resultados da replicação do Estudo de Caso, ou mesmo de um outro caso em condições equivalentes ao primeiro, orientado pelo mesmo protocolo.” (Martins; Theóphilo, 2009, p. 66)

a) Procedimentos iniciais – seleção dos acórdãos e vídeos - do Inquérito nº 2.445; da Questão de Ordem referente ao desmembramento da persecução penal; da Ação Penal nº 470-MG; e do cabimento dos Embargos Infringentes e o seu mérito. Os votos foram classificados segundo a orientação que o seu respectivo autor adotou. Inicialmente, em grupos contendo aqueles que receberam a denúncia e aqueles que não a receberam; aqueles que desmembraram a persecução e aqueles que não desmembraram a investigação dos acusados; em seguida, aqueles que condenaram e os que absolveram os réus; bem assim quanto à fixação das respectivas penas – porque houve enormes dissidências, a começar pela resolução da questão de ordem no sentido de que aqueles magistrados que absolveram não poderiam participar da fase de dosimetria da pena. Finalmente, quanto aos acórdãos relativos aos embargos infringentes, foram divididos os votos entre aqueles que admitiram e a aqueles que não admitiram esse recurso.

b) Análise dos dados recolhidos - foram formulados os seguintes questionamentos: há algum traço que marca de algum modo a influência do auditório na manifestação judicial? Quais seriam essas possíveis evidências e em que votos? Houve algum prejuízo para os acusados/réus em face da adoção da semântica identitária essencialmente punitiva?

c) Aspectos chave da pesquisa - os acórdãos dos julgamentos do Escândalo Político Midiático do “Mensalão”. Eles estão disponíveis para livre consulta no *site* do STF, na *internet*. Do total de 93 acórdãos, que compõem o acervo de decisões colegiadas do Caso, foram selecionados apenas 5 (mais de 9.000 folhas aproximadamente) por se constituírem os mais relevantes, para os propósitos da pesquisa. Estão também na *internet* (canal do STF no *Youtube*) os vídeos dos respectivos julgamentos, os quais representam paradoxalmente a parte analiticamente mais fundamental do julgamento, embora não façam parte oficialmente do processo criminal.

4. Metodologia de análise

De acordo com as evidências, a presença da semântica identitária ou o autorretrato identitário da racionalidade penal moderna, tanto na determinação da pena criminal como na presença da judicialização da opinião pública, (Pires, 2004, p. 48) podem configurar como critério epistemológico de apreciação do mérito das questões criminais presentes no Escândalo Político Midiático.

Nesta pesquisa procurou-se utilizar, sempre que possível, a teoria social dos escândalos midiáticos de John Thompson com a teoria da comunicação de Niklas Luhmann, o qual, embora não estabeleça na teoria da comunicação uma luta pelo poder simbólico ou pela captação do capital simbólico, trata com absoluta objetividade as interdependências sistêmicas entre os subsistemas sociais funcionalmente diferenciados, como observações que a sociedade faz sobre

si mesma. Além disso, verifica-se que essas teorias configuram uma triangulação teórica que pode dotar de maior segurança aos achados da pesquisa.

A estratégia para a análise dos resultados, como dito anteriormente, utiliza-se de várias fontes, não apenas a oficial narração escrita em forma de documento (acórdão) mas também dos vídeos dos julgamentos, os quais complementam aquele documento. Assim, é correto afirmar que, embora não oficial, as imagens captadas e transmitidas pelo canal de televisão TV – Justiça são mais importantes analiticamente do que as oficiais narrativas convertidas em textos. É que, se nem tudo o que ocorreu nas sessões de julgamento está contido nos vídeos (por exemplo, a reação do auditório físico, a imagem das expressões dos advogados e PGR ou dos demais ministros, enquanto o ministro relator está proferindo o seu voto), nem tudo o que está nos vídeos está nos acórdãos, como as sustentações orais dos advogados e Procurador-Geral da República, as entonações dos votos lidos, e expressões visuais dos próprios ministros, que são impossíveis de traduzir em forma de texto, com a mesma fidedignidade das imagens em movimento, sem contar os cancelamentos de debates ocorridos no julgamento, que podem ser feitos pelos ministros, nas chamadas “revisões de apartes”.

Além disso, foi utilizada tanto a observação direta quanto a análise de conteúdo da pesquisa documental, o que permitiu combinar essas diversas técnicas para construção do Estudo de Caso, fundamentalmente para não incidir nas armadilhas das contaminações pessoais, pelas preconcebidas opções do pesquisador e das apressadas conclusões que um único meio de investigação pode conduzir e induzir.

Aliás, convém reconhecer a existência de uma enorme multiplicidade de jogos de afetos²⁶ presentes num julgamento criminal, insuscetíveis de serem na sua totalidade captados pelas imagens, tanto em closes como em grande angular, como registrou Ana Lúcia Pastore Schritzmeyer, na etnografia²⁷ que realizou do Tribunal de Júri na Cidade de São Paulo.

Talvez a maior vantagem da convergência dos resultados advindos de fontes diversas esteja na confiabilidade dada aos resultados do estudo de caso, pela adoção de distintas fontes de

²⁶ “Uma rede particular de comunicação, da qual só é possível participar quem se permite ‘ser afetado’. Não se trata de nos colocarmos no lugar do outro e muito menos de nos identificarmos com seu ponto de vista, mas de sermos, do nosso próprio ‘lugar’, capazes de nos comunicar com o outro e participar de sua rede particular de comunicação.” (Schritzmeyer, 2007, p. 71)

²⁷ Definido como “conjunto de impressões, observações e registros acumulados em situações peculiares de inserção simbólica.” (Schritzmeyer, 2007, p. 71-72) A autora examina as sessões de julgamento do Tribunal do Júri como “rituais lúdicos e teatralizados”, um jogo, uma partida ou disputa, as regras do jogo, o espaço dos tribunais “parecem confirmar uma qualidade lúdica do próprio Direito e, especialmente, do moderno processo jurídico, que é a de terem como espaço privilegiado de ocorrência um círculo mágico, um recinto de jogo no interior do qual as habituais diferenças de categorias entre os homens são temporariamente abolidas.” (Schritzmeyer, 2007, p. 73) De sorte que o “palco”, ou seja, o local onde se realiza o ato processual (julgamento) - o “círculo sagrado” é separado do local profano, reservado aos espectadores.

evidências e teorias, as quais se podem denominar de triangulação de dados e teorias (Martins; Theóphilo, 2009, p. 68) A leitura dos dados pelas lentes de diferentes teorias e abordagens metodológicas, na condução da presente pesquisa, pode produzir uma convergência entre a triangulação de dados e as teorias e, com isso, ajudar a melhor compreender a complexidade do fenômeno que se propõe observar.

No que se refere à análise dos achados ou descobertas da pesquisa, a ideia é seguir os vestígios iniciais e, a partir deles, descobrir evidências ou um encadeamento de evidências, possibilitado pela “caixa de ferramentas”²⁸ que constitui nossa base teórica. A análise dos dados consiste basicamente no exame das narrativas textuais, visuais e na classificação das narrativas, segundo a categoria a que mais se filiem, de maneira paralela ao trabalho de coleta e classificação das referidas narrativas. Inclusive a conformidade das evidências, entre texto e vídeo, e as discrepâncias ou ausências em um ou outro, se houver. De sorte que as triangulações de dados se juntam com o encadeamento de evidências para afastar ou confirmar, pela demonstração analítica, a hipótese inicial.

A dissertação está dividida em 2 partes: na primeira, foi descrito o suporte teórico que ajudará a analisar criticamente o fenômeno; na segunda parte são apresentados os dados colhidos e a avaliação desses dados, tudo dentro de uma estrutura linear, como afirmado anteriormente, uma sequência de tópicos, para testar a hipótese da presença da estética midiática (alteração do tamanho dos votos/julgamentos do *corpus*, em função da exposição/não exposição midiática) e identificar a semântica identitária do Estudo de Caso – Escândalo Político Midiático do “Mensalão”.

²⁸ A expressão, largamente utilizada por Bruno Amaral Machado, se encontra também em Gilles Deleuze no diálogo com Michel Foucault: “Uma teoria é como uma *caixa de ferramentas*. Nada tem a ver com o significante... É preciso que sirva, é preciso que funcione. E não para si mesma. Se não há pessoas para utilizá-la, a começar pelo próprio teórico que deixa então de ser teórico, é que ela não vale nada ou que o momento ainda não chegou. Não se refaz uma teoria, fazem-se outras; há outras a serem feitas. É curioso que seja um autor que é considerado um puro intelectual, Proust, que o tenha dito tão claramente: tratem meus livros como óculos dirigidos para fora e se eles não lhes servem, consigam outros, encontrem vocês mesmos seu instrumento, que é forçosamente um instrumento de combate. A teoria não totaliza; a teoria se multiplica e multiplica.” (Deleuze; Foucault, 2005, p. 71)

“I’ll top the bill, I’ll overkill
I have to find the will to carry on
On with the -
On with the show -
The show must go on...”

(Queen)

CAPÍTULO 1 – A SOCIEDADE E O ESPETÁCULO

1. A Sociedade do Hiperespetáculo

Segundo Marilena Chaui, a palavra espetáculo deriva dos verbos latinos “*specio* e *specto*. *Specio*: ver, observar, olhar, perceber; *specto* ver, olhar, examinar, ver com reflexão, provar, ajuizar, acautelar, esperar; *species* a forma visível da coisa real, sua essência ou sua verdade. *Spectabilis* é o visível; *speculum* é aparição irreal, visão ilusória; *speculare* é ver com os olhos do espírito. Espetáculo pertence ao campo da visão.” (Chaui, 2010, p. 14) Espetáculo e especulação possuem, segundo ela, a mesma origem e estão vinculados ao pensamento como operação do olhar e da linguagem, de modo que a cultura está impregnada de seu próprio espetáculo, do fazer ver e do deixar-se ver. (Chaui, 2010, p. 14).

Modernamente, o espetáculo é um fenômeno social que abrange praticamente todos os campos de atividade, pois tudo pode vir a ser um fazer ver ou deixar-se ver, a partir da observação do espectador. Um acontecimento, um escândalo político midiático, um jogo, uma missa celebrada pelo Papa, etc., são eventos apropriados pelo espetáculo, cujo objetivo pode ser a celebração, o entretenimento, o divertimento, mas também o choque, o desvelamento, o erotismo, etc. Um jogo aliás é uma atividade espetacular por excelência, que os veículos de televisão souberam se apropriar com rara maestria, de modo que se transformou uma simples partida - um jogo entre duas equipes futebolísticas - num megaevento repleto de anúncios publicitários, dessa maneira a partida passa a ser um mero detalhe do grande evento em que ela está inserida.

A questão do processo, principalmente o seu desfecho ou julgamento, como espetáculo está presente em diversas obras da literatura, a partir dos clássicos do teatro grego, como na trilogia Oresteia de Ésquilo, ou na narrativa do julgamento de Sócrates. Modernamente, diversos autores exploram essa temática, como é caso de Kafka, que descreveu o ambiente sinistro existente em torno de um processo penal; Dostoiévski, que em seu último romance (1879) “Os irmãos Karamazov”, relata um julgamento como espetáculo, no qual o público se interessava pelo processo como espetáculo, bem como pela condenação, e somente os juristas - “os letrados” - revelavam mais interesse pelo aspecto legal do caso do que pelo aspecto moral. (Dostoiévski, 2013) E seria demasiado assinalar as várias obras em que o processo penal como espetáculo está presente, desde peças teatrais, filmes, e literatura cuja temática explora os diversos aspectos de um processo, e de um processo criminal em particular.

Dessa maneira, o fenômeno do espetáculo não é recente. É possível identificar vários estudos, em distintas perspectivas. Guy Debord, por exemplo, denominou de “sociedade do

espetáculo”, onde fez uma abordagem econômica, filosófica e social, aplicando o conceito marxista de fetichismo das mercadorias, reificação e “alienação”, como alheamento social que “no estágio industrial avançado da sociedade capitalista, atinge tal importância na vida dos consumidores que chega a substituir, como interesse ou preocupação central, qualquer outro assunto de ordem cultural, intelectual ou política.” (Llosa, 2012, p. 20)

Debord explica que o espetáculo é uma forma de sociedade, em que a vida real é pobre e fragmentária e os indivíduos são obrigados a contemplar e a consumir passivamente as imagens de tudo o que lhes falta em sua existência real. Constitui-se num dos principais libelos contra o capitalismo e serviu de inspiração das manifestações dos estudantes no Maio de 1968, em Paris. Para ele

O espetáculo apresenta-se ao mesmo tempo como a própria sociedade, como uma parte da sociedade e como instrumento de unificação. Como parte da sociedade, ele é expressamente o setor que concentra todo olhar e toda consciência. Pelo fato desse setor estar separado, ele é o lugar do olhar iludido e da falsa consciência; a unificação que realiza é tão somente a linguagem oficial da separação generalizada. (Debord, 1997, p. 14).

Roger-Gérard Schwartzberg desenvolve a temática como “Estado Espectáculo”, por entender que o espetáculo está no poder e não apenas na sociedade, é o próprio Estado que segundo ele se transforma em empresa teatral, de uma forma sistemática e organizada, para melhor distrair e desviar, e mais facilmente transformar a esfera pública em cena lúdica, em teatro de ilusão (Schwartzberg, 1977, p. 9).

Gilles Lipovetsky e Jean Serroy sustentam a ideia de que em nossos dias há o enaltecimento de uma cultura global – a cultura mundo -, decorrente da progressiva diluição das fronteiras no contexto da globalização dos mercados, da mundialização do capitalismo, bem como pela revolução científica e tecnológica, criando alguns denominadores culturais dos quais participam sociedades e indivíduos de todos os continentes, aproximando-os e igualando-os apesar das diferenças culturais, línguas e tradições (Lipovetsky; Serroy, 2015, p. 12)

Mario Vargas Llosa desenvolve o tema de outra perspectiva. A começar pelo título, “civilização do espetáculo”, numa perspectiva claramente cultural como realidade autônoma, e não como simples epifenômeno da vida econômica e social. Ele entende a civilização do espetáculo como “feita de ideias, valores estéticos e éticos, de obras artísticas e literárias que interagem com o restante da vida social e muitas vezes são a fonte, e não o reflexo, dos fenômenos sociais, econômicos, políticos e até religiosos” (Llosa, 2012, p. 22).

A “civilização do espetáculo” para esse autor é aquela em que o primeiro lugar na tabela de valores vigentes é ocupado pelo entretenimento, onde divertir-se, escapar do tédio é a paixão universal. Irradiando-se para a religião, sexo, cultura, música e literatura, cujos consumidores querem produtos fáceis, que os distraiam, e essa demanda exerce uma pressão que se transforma em poderoso incentivo para os criadores. Massificação e frivolidade como marcas predominantes do fenômeno.

Na política, afirma Vargas Llosa que o político de nossos dias, se quiser conservar a popularidade, será obrigado a dar especial atenção ao gesto, à forma, cuidar da calvície, esconder os cabelos brancos, tamanho do nariz e brilho dos dentes, o modo de se vestir, muito mais do que as ideias, valores, convicções e princípios que defende (Llosa, 2012, p. 44).

Tem-se a percepção de que o fenômeno do “espetáculo” se irradia por todas as atividades da sociedade. Assim, é razoável entender que também pode de alguma forma se apropriar das observações do sistema jurídico, o que poderia explicar a razão das críticas ao STF, por sua permissividade na veiculação dos julgamentos pela TV-Justiça, que seria uma forma moderna de violação dos direitos humanos²⁹ dos acusados em processos criminais.

Ocorre que a sociedade atual está muito além da sociedade do espetáculo concebida por Guy Debord. Para alguns, como Gilles Lipovetsky, a fase em que a civilização se encontra atualmente é denominada de “capitalismo artista”, na qual a economia liberal desencadeia diversos efeitos, como o desemprego, a precarização do trabalho, as desigualdades sociais e os dramas humanos, além do desaparecimento das formas harmoniosas de vida. Haveria o “desvanecimento do encanto e da graça da vida em sociedade um processo que Bertrand de Jouvenel chamava de ‘perda de amenidade’. Riqueza do mundo, empobrecimento das existências; triunfo do capital, liquidação do saber viver; superpoder das finanças, ‘proletarização’ dos modos de vida.” (Lipovetsky; Serroy, 2015, p. 12)

Essa sociedade seria incompatível com uma estética que direcionasse para a harmonia, beleza o bem viver, porque sua lógica estaria baseada na busca frenética de riqueza – de difundir em abundância bens de todo tipo, tendo, como efeito, as crises econômicas e sociais, o aniquilamento das capacidades intelectuais e morais, afetivas e estéticas, enfim, “uma máquina de decadência estética e enfeamento do mundo”. (Lipovetsky; Serroy, 2015, p. 13)

²⁹ “Pode-se designar o terceiro tipo de ‘meios de comunicação simbolicamente generalizados’, já que neles precisamente se atinge por antonomásia o objetivo da comunicação. No plano dos sistemas sociais, Parsons refere, como meios deste tipo, o dinheiro, o poder a influência e os compromissos morais, eu acrescentaria a verdade no âmbito da ciência e o amor no das relações íntimas.” (Luhmann, 2006, p. 47). É possível conceber os direitos humanos também como meios de comunicação simbolicamente generalizados, porque nas comunicações entre os sistemas sociais e nas interações serve como um “meio de comunicação que é “reconhecido por todos”, “comum”, e que, por essa razão, facilita a comunicação.” (Possas, 2012, p. 109)

São aspectos devastadores da economia liberal que se impõe como uma realidade inexorável. Uma decorrência da lógica produtiva do sistema capitalista, onde o “estilo, a beleza, a mobilização dos gostos e das sensibilidades se impõem cada dia mais como imperativos estratégicos das marcas: é um modo de produção estético que define o capitalismo de hiperconsumo.” (Lipovetsky; Serroy, 2015, p. 13)

É, enfim, o que os autores denominam de “capitalismo artista” ou “criativo transtético”, caracterizado pelo peso crescente dos mercados da sensibilidade e do “*design process*”, por um trabalho sistemático de estilização dos bens e dos lugares mercantis, de integração generalizada da arte, do “look” e do afeto no universo consumista. (Lipovetsky; Serroy, 2015, p. 14)

O que nos interessa mais de perto tem a ver com o império do espetáculo e do divertimento, que implica na produção e na distribuição de bens culturais, dos espetáculos e do lazer – das “indústrias culturais” -, que se situam na encruzilhada das artes, da cultura, da tecnologia e do *business*, que transformam o mundo das imagens, do divertimento e da vida cotidiana, demolindo as fronteiras entre a cultura e a economia, arte e indústria: “a cultura torna-se uma indústria mundial, e a indústria se mistura com o cultural. A economia está cada vez mais na cultura, e esta, na economia: à economização crescente da cultura corresponde a culturalização da mercadoria.” (Lipovetsky; Serroy, 2015, p. 262)

De maneira que não são mais as artes que constituem a cultura, mas todo o “ambiente comercial de imagens e de lazes, de espetáculos e de comunicação”, a que se denomina de “hipercultura midiática-mercantil”, que é construída pelas complexas indústrias do entretenimento (cinema, música, televisão, publicidade, moda, arquitetura e turismo). Uma cultura que tem como característica implantar-se “sob o signo hiperbólico da sedução, do espetáculo, da diversão de massa.” (Lipovetsky; Serroy, 2015, p. 263)

Vive-se então numa era do hiperespetáculo, onde as lógicas do espetáculo e do divertimento (formas extremas de entretenimento) invadem todos os domínios da sociedade, a qual se apresenta como um império estético, como arte de massa e que se faz veículo de um consumo transtético distrativo. (Lipovetsky; Serroy, 2015, p. 264)

Esperava-se que a sociedade do espetáculo fosse superada pelas novas realidades digitais – alguns autores defendem isso como Jean Baudrillard -,³⁰ pelo mundo dominado pelas redes interativas, pela *web* e o *cyberspace* (*ciberespaço*) – outros autores chamam “galáxia da

³⁰ “Assistimos ao fim do espaço perspectivo e panóptico, logo à própria abolição do espetacular.” (Lipovetsky; Serroy, 2015, p. 444)

internet”.³¹ Entretanto, a lógica do espetáculo nunca esteve tão impregnada no consumo, na cultura e na estética da sociedade.

A diferença fundamental, em relação àquela definida por Guy Debord, ou seja, conceitos de alienação, passividade, falsificação, etc., foram substituídos por “excesso, hipérbole, criatividade, diversidade, mistura de gêneros, segundo grau, reflexividade. O capitalismo criativo transestético fez nascer a sociedade do hiperespetáculo, que é ao mesmo tempo a do *entertainment* sem fronteiras.” (Lipovetsky; Serroy, 2015, p. 264)

Lipovetsky entende que esta nova sociedade, a do hiperespetáculo, se caracteriza a partir de oito eixos fundamentais, que a seguir resumimos: a *tv hiperspetacular* que abre um mundo ilimitado de imagens e de programas – que impõe a abundância espetacular, não mais um instrumento passivo, mas um centro multimídia de lazer interativo; o hiperespetáculo criou o consumo individualista, desunificado, *self-service*; ela é de essência transestética, ou seja, à uma ordem de separação generalizada (identificada por Debord) sucede uma transversalidade, desdiferenciação, hibridização, “que se faz acompanhar de inúmeros efeitos hiperespetaculares que são como mutações”; o público cada vez mais se quer e se pensa ator, adota atitudes destinadas às mídias que o filmam, que não se confunde com a atitude passiva da sociedade do espetáculo de Debord e da Escola de Frankfurt; uma nova economia da experiência, baseada na decuplicação das sensações, extraordinárias, hiperbólicas, a realidade aumentada, hipersensacionalista, na oferta do mundo virtual e 3D; uma lógica hiperlativa, global e integrada que se impõe como peça constitutiva da sociedade transestética, onde o *show* brilha com todas as suas luzes e proliferam os programas e imagens que forçam cada vez mais os limites, em que as narrativas e os elementos visuais são concentrados nos afetos; enquanto na sociedade do espetáculo se baseava nas estrelas de cinema e da música, a sociedade do hiperespetáculo generaliza o estrelado, ninguém escapa do *star-system*, o papa, os políticos, os promotores e juízes, chefes de cozinha, todos se encontram numa economia do vedetismo, dos mercados do nome e do renome; e finalmente, a sociedade do hiperespetáculo une os aspectos econômicos, do entretenimento e da sedução: ela é a sociedade que trata todos os temas na forma de divertimento, que transforma todas as coisas – a cultura, a informação, a política, em espetáculo de *show business*, visando a prazeres e emoções a serem incessantemente renovados. (Lipovetsky; Serroy, 2015, p. 264-270)

Assim, a sociedade contemporânea radicalizou a lógica do espetáculo – é a era do capitalismo artista, hiperespetáculo, do consumo e divertimento sistemáticos, do espetáculo

³¹ “A Galáxia da Internet é um novo ambiente de comunicação. Como a comunicação é a essência da atividade humana, todos os domínios da vida social estão sendo modificados pelos usos disseminados da Internet. Uma nova forma social, a sociedade de rede, está se constituindo em torno do planeta.” (Castells, 2003, p. 225)

excessivo, do gigantismo e recordes de todos os tipos (Lipovetsky; Serroy, 2015, p. 270-271), de maneira que o *show*, “o espetáculo gera o espetáculo, que alimenta o espetáculo. *The show*, mais que nunca, *must go on*.” (Lipovetsky; Serroy, 2015, p. 280)

2. O Espetáculo dos Escândalos Midiáticos

A partir das grandes transformações promovidas pela revolução tecnológica e cultural decorrente da era digital, (Santaella, 2003, p. 13) tanto nos aspectos sociais quanto políticos, é possível verificar que a conduta dos agentes públicos (parlamentares, organizações políticas e mesmo jurídicas) se transformaram, em grande parte decorrente da mudança nas visibilidades, ou seja, no deslocamento fluído das fronteiras entre o que é público e o que é privado.

É a partir desse contexto que John Thompson analisa os escândalos midiáticos, como eles reconfiguram o modo como o poder é exercido. Para ele os escândalos midiáticos são “ações ou acontecimentos que implicam certos tipos de transgressões que se tornam conhecidos de outros e que são suficientemente sérios para provocar uma resposta pública.” (Thompson, 2002, p. 40). Os escândalos midiáticos possuem, como características fundamentais, as seguintes:

- a) implica a transgressão de certos valores, normas ou códigos morais;
- b) envolve um elemento de segredo ou ocultação, mas que são conhecidas ou firmemente aceitas como existentes por outros indivíduos além dos envolvidos (não-participantes);
- c) há a desaprovação dos não-participantes nas ações ou acontecimentos, que podem se sentir ofendidos pela transgressão;
- d) os não-participantes denunciam publicamente as ações ou acontecimentos tidos como desviantes;
- e) a revelação e a condenação das práticas desviantes podem prejudicar a reputação dos indivíduos responsáveis por elas. (Thompson, 2002, p. 40)

O reconhecimento da existência dos escândalos midiáticos denota a existência de outros tipos de escândalos localizados, ou comuns, que têm lugar nos contextos ordinários da vida cotidiana, e precisamente nisso está a distinção entre eles e os escândalos midiáticos, que se estendem muito além das ações ou transgressões originais. Eis, aí, aliás, a razão de serem chamados de eventos midiáticos, (Thompson, 2002, p. 91) na medida em que são constituídos pelas formas midiáticas de comunicação, pois a narrativa midiática que se apropria do escândalo lhe dá nova configuração, incorpora-se a ele como parte constitutiva, e não meramente secundária, ou acidental de descrição de um fato, ou uma notícia. (Thompson, 2002, p. 91)

Empreender uma análise dos escândalos políticos apreciados pelo STF (subsistema jurídico), ou melhor, como esse subsistema trata esses fenômenos constitui uma tarefa desafiadora, embora de amplitude muito além das possibilidades desta pesquisa. De fato, ao longo de sua história, o STF tem tratado diversos escândalos políticos, às vezes como crises institucionais da sociedade ou das organizações políticas, sempre com características político-financeiros (corrupção e enriquecimento ilícito) ou de desvio ou abuso de poder. O escândalo com natureza puramente de desvio sexual não costuma adquirir proeminência na realidade da sociedade brasileira, ao contrário do que costuma acontecer com as sociedades americana e britânica (Thompson, 2002, p. 21 e 25) a menos que estejam entrelaçados também aspectos político-financeiros e de abuso ou desvio de poder, numa associação profana entre luxúria e corrupção.

Para Thompson, o escândalo político é uma característica importante da vida pública moderna e um sintoma da transformação da natureza e amplitude da visibilidade dessas sociedades (Thompson, 2002, p. 22). Embora a palavra escândalo possa ser encontrada na Grécia Antiga e nos primórdios do pensamento judaico-cristão, segundo Thompson, somente a partir do século XVII é que o escândalo surge, como evento mediado, cuja estrutura e dinâmica eram peculiares por envolver uma revelação pela mídia de alguma ação ou atividade, antes oculta, de transgressões a valores ou normas, que, ao ser revelada, provocava reações públicas de desaprovação e ultraje. (Thompson, 2002, p. 314)

O desenvolvimento dos meios de comunicação transformou a natureza da visibilidade das pessoas, de maneira que é bastante tênue a linha demarcatória entre a personalidade pública e sua vida privada. Essa visibilidade midiática é um fenômeno que pode tanto construir como destruir reputações, às vezes com velocidades inversamente proporcionais, já que para desmoronar uma reputação é bem mais rápido que construí-la. (Thompson, 2002, p. 31)

Além de terríveis tragédias pessoais para as pessoas envolvidas nos escândalos políticos, esse fenômeno também revela as lutas políticas que são travadas no campo simbólico e enfatiza as conexões entre escândalo, reputação e confiança (Thompson, 2002, p. 31 e 34). De maneira que revelam verdadeiras lutas sobre as fontes do poder simbólico, que ocorrem na arena midiática (Thompson, 2002, p. 139). Também é curioso notar que os personagens de um escândalo buscam construir uma reputação e adquirir com isso a confiança, através dos meios de comunicação de massa - um estoque do capital simbólico perante seu eleitorado. Os escândalos midiáticos destroem toda essa construção da *persona*, e, como no mito de Sísifo, tem ele que reconstruir sua reputação novamente.

Outra característica apontada por Thompson desse fenômeno é o declínio dos partidos políticos classistas – uma vez que eles tendem a buscar a ampliação da sua base de apoio eleitoral (Thompson, 2002, p. 146), ou seja, não representam unicamente uma classe, uma categoria ou segmento social, mas outras classes e grupos, de modo que a política da confiança ganha mais importância, nas lutas pelo poder simbólico.

Assim, os escândalos midiáticos abalam, esvaziam ou mesmo corroem a reputação e credibilidade dos personagens políticos envolvidos, com imensos reflexos na base de apoio eleitoral. (Thompson, 2002, p. 13-14)

De sorte que esses escândalos midiáticos, quando são trazidos para o sistema jurídico, o processo que eles corporificam adquirem características que os outros processos criminais não possuem. A questão jurídica nem precisa ser tão importante (a existência de um delito, por exemplo), mas a repercussão que o fenômeno adquire faz com que essa importância seja ampliada. É óbvio que o princípio da publicidade do processo criminal adquiriu uma nova semântica, amplificada pelos meios de difusão do Poder Judiciário – canal da TV e Rádio Justiça, páginas na *internet*, no “Youtube” e “Twitter” -, os quais podem ter contribuído para o prolongamento dos escândalos políticos, já agora sob a forma de processos criminais.

Segundo a Teoria Social do Escândalo de J.B. Thompson, esse fenômeno se desenvolve obedecendo a uma sequência – *estrutura sequencial*. Por um período de tempo segundo o ritmo das organizações da mídia, que possuem padrões distintos de publicação e difusão. Sempre superior a um dia, mas podem durar anos, como foi o caso do escândalo do “mensalão” que será analisado em mais detalhe. De sorte que, uma revelação inicial, na forma de um vídeo, uma gravação telefônica, uma fotografia, contendo a “violação de normas ou códigos morais”, comprometedoras são elementos que caracterizam a fase de *pré-escândalo* (Thompson, 2002, p. 102) dependerá das reações que desencadeia (irritações ou perturbações), pois uma revelação na qual se segue um silêncio pode não se transformar em um escândalo, pode ser apenas uma fofoca, uma gafe, enfim um “fogo-fátuo”.

Uma característica do escândalo midiático, além de se prolongar no tempo, é que uma fase sempre desencadeia outra, e não se sabe como pode terminar. Talvez essa incerteza quanto ao desenrolar das fases do escândalo seja um fator que tanto atrai o interesse popular. Como um melodrama, ou uma novela, cada nova revelação desencadeia novas especulações quanto ao desfecho do caso. (Thompson, 2002, p. 103)

Seguindo-se à fase do *pré-escândalo*, há a do *escândalo propriamente dito*, na qual se desencadeia uma sequência de eventos que rapidamente ganham corpo, à medida que outros meios de comunicação de massa aderem à divulgação e investigação do evento, de modo que às

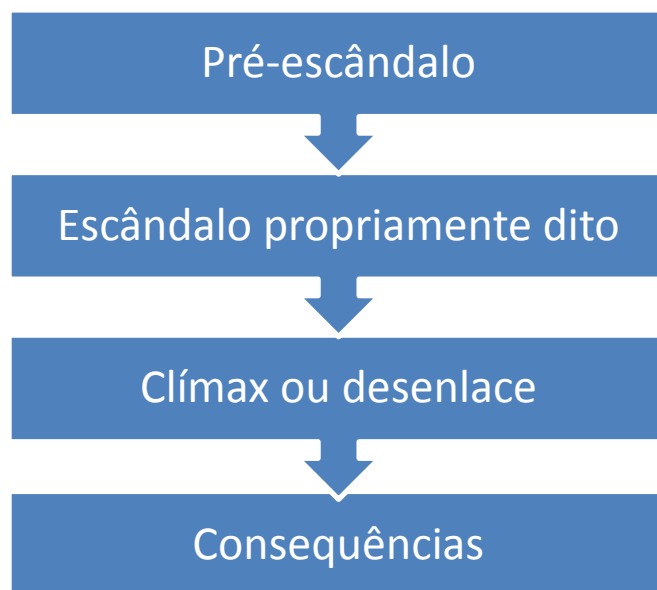
revelações iniciais seguem-se outras denúncias correlacionadas que vão se desdobrando no espaço midiático, às vezes com negativas ou explicações dos envolvidos cujas ações são supostamente motivo de escândalo (Thompson, 2002, p. 105). Em seguida vem a fase do *clímax* ou *desenlace*, na qual se atinge o auge das revelações tidas como escandalosas, ao ponto crítico das pressões sobre os envolvidos no centro do escândalo, que pode resultar em renúncia ou demissão do cargo público ocupado por eles, ou mesmo a instauração de inquéritos, ou, ainda, podem simplesmente resultar no desaparecimento das acusações, pela dissipação do escândalo. Casos há em que o *clímax* do escândalo midiático se transubstancia num evento midiático,

um acontecimento dramaticamente montado, como por exemplo, um julgamento ou uma audiência pública feita por um comitê especialmente designado com todas as pompas do poder simbólico. Esse evento teatral pode também ser um evento de mídia, (...) isto é, uma ocasião excepcional que é planejada de antemão e transmitida ao vivo, interrompendo o fluxo normal dos acontecimentos e criando uma atmosfera de solenidade e alta expectativa. (Thompson, 2002, p. 105-106)

Thompson aponta como exemplos paradigmáticos de culminância desses eventos midiáticos o debate televisionado sobre o *impeachment* no caso *Watergate*, o julgamento também televisionado do *impeachment* do presidente Clinton, ambos nos EUA. No Brasil, poderíamos citar inúmeros escândalos: caso “Collor”, “Anões do Orçamento”, “mensalão”, etc.

Finalmente, a última fase de um escândalo são as *consequências* “o período em que o calor do drama do escândalo e seu desenlace passaram, quando jornalistas, políticos e outros (incluindo, em muitos casos, as principais pessoas envolvidas no escândalo, algumas das quais achando que haveria ali um mercado lucrativo com as memórias do escândalo) se engajam em uma reflexão sobre os acontecimentos e as implicações.” (Thompson, 2002, p. 106)

A seguinte figura ilustra as fases de um escândalo midiático:



Conforme se verá, quando for tratado especificamente do Estudo de Caso, que se afigura inteiramente como um Escândalo Político Midiático (AP 470/MG), no decorrer de um evento dessa natureza ocorrem inúmeras narrativas, um contar e recontar de eventos, de histórias, de versões sobre os acontecimentos, por inúmeros comentaristas, cada qual com suas idiossincrasias, da revelação das aventuras desviantes dos personagens, em geral pessoas poderosas, políticos influentes, cuja ganância, luxúria e cobiça pelo poder político ou econômico cometem os fatos tidos como abomináveis. (Thompson, 2002, p. 107)

Assim, eventos qualificados como escândalos midiáticos é um conjunto de narrativas prolongadas no tempo, que vão sempre sendo aprimoradas e revisadas à medida que o desenrolar dos acontecimentos vão fazendo surgir novos eventos, de acordo com os interesses e as dinâmicas próprias dos meios de comunicação de massa. (Thompson, 2002, p. 107) Na realidade, podem-se ter os escândalos midiáticos como uma espécie de conto da moralidade moderna, “que faz com que o acompanhamento de escândalos seja uma fonte de prazer para alguns e um tópico de conversação para muitos.” (Thompson, 2002, p. 107) e, como se verá no Estudo de Caso, esse tipo de evento midiático assume as características de um grande espetáculo midiático.

Aplicando essa teoria aos subsistemas sociais político e jurídico brasileiro, podem-se inserir as fases do subsistema político (CPI/CPMI) e que costumam geralmente desencadear inquéritos criminais, processados no interior do subsistema jurídico. Podem-se identificar vários pontos de definição do escândalo Político Midiático, tanto no subsistema político quanto no subsistema do direito, mas, no Brasil, é no processo criminal que atinge o *clímax* ou *desenlace* do EPM.

2.1. Estrutura Sequencial nos Subsistemas Político e Jurídico

Para Thompson, os escândalos políticos midiáticos são caracterizados como lutas pelo poder simbólico, ou seja, os políticos se digladiam pela aquisição e sobretudo manutenção de um suposto poder simbólico, cujos elementos fundamentais para eles seriam a reputação e a confiança. (Thompson, 2002, p. 296) De maneira que esse “capital simbólico” se baseia na boa reputação pessoal, caracteres de uma personalidade proba e honesta. (Thompson, 2002, p. 107) Os escândalos políticos midiáticos configuram-se como agentes destruidores desse “capital simbólico”, na medida em que desconstroem a imagem de confiabilidade e reputação que supostamente possuiriam.

Luhmann já havia observado a conexão entre política e opinião pública, num dos textos que trata do sistema político:³²

No que se refere à relação entre público e política, a referência ao entorno acontece através do que se qualifica como opinião pública, que se apresenta pelos meios de comunicação de massas. Independentemente do conteúdo factual das notícias, estas têm sua repercussão; ainda que somente seja porque ninguém tem o tempo (ou ao menos só se tem em casos excepcionais) para fazer indagações por si mesmo. (Luhmann, 1993a, p. 77)³³

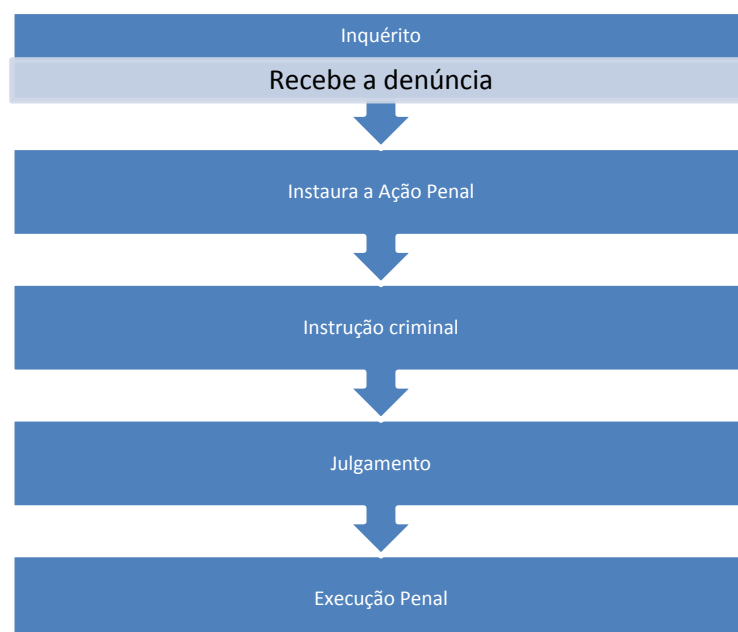
Resumidamente, o seguinte quadro procura ilustrar graficamente esses pontos de definição de um escândalo político midiático, tendo como base o programa normativo brasileiro, no subsistema social político, ou seja, procura fornecer uma observação da estrutura dessa investigação política, que pode servir de base para a instauração de uma investigação criminal:

³² “Teoría política en el Estado de Bienestar” (Luhmann, 1993a)

³³ “Fuerza una externalización de naturaleza propia en cada relación intersistémica, y estas externalizaciones articulan las formas en las que el sistema político se ajusta a su entorno.” (Luhmann, 1993a, p. 77)



Quando o mesmo fenômeno midiático chega ao Supremo Tribunal Federal – STF, pelas várias modalidades de conhecimento da ocorrência, em tese, de delitos, ou seja, não exclusivamente oriundo do resultado de CPI/CPMI do Congresso Nacional, estabelece-se outros pontos de definição de um escândalo político midiático, já agora dentro do subsistema jurídico, cujo fluxo dessas operações pode ser observado na seguinte representação:



3. Princípio da publicidade no processo penal do STF

Com a implantação da TV-Justiça e as transmissões das imagens dos julgamentos do Plenário do STF, a compreensão que se tem do princípio da publicidade foi alterada substancialmente. Seu alcance foi alargado, porque foram diluídas as restrições que havia à sua aplicação nos processos envolvendo crimes. O pressuposto fundamental para a adoção do

televiscionamento das sessões é o de garantir a transparência das ações do STF – na medida em que abre a possibilidade de fiscalização pela própria sociedade das ações dos seus agentes. Claro que quando se fala do princípio da publicidade está envolvido o conceito dos mecanismos sociais de comunicação existentes na sociedade e que não se restringem ao direito individual de ser informado. De fato, o direito de informação configura-se como exigência – um direito social de garantia democrática – além, portanto, do ideário individual liberal.

A publicidade das sessões plenárias do STF vem ao encontro do direito social à informação, o qual deve estar balizado pelos direitos individuais presentes no caso concreto – como o respeito à dignidade, evitando cenas degradantes, o contraditório, a ampla defesa e a presunção de inocência – que seriam os postulados básicos a nortear o direito de informar e de ser informado.

A realidade brasileira situa-se além daquela defendida por Gabriel Ignacio Anitua, no sentido da ampla transmissão televisiva dos julgamentos criminais (Anitua, 2003, p. 26). Realidade esta que superou aqueles argumentos contrários à divulgação ou ao televiscionamento dos julgamentos criminais, pesquisados e criticados por Anitua. Verdadeiros obstáculos epistemológicos, como a herança do modelo inquisitivo; bem como a dificuldade de superar o paradigma etiológico; as críticas feitas pela escola de pensamento crítico de Frankfurt e pelas ideologias liberadoras e situacionistas dos anos sessenta; e ainda uma postura individualista – que privilegia o direito individual sobre os princípios políticos ou sociais. (Anitua, 2003, p. 26)

De modo que já foi abarcado o fenômeno da divulgação dos julgamentos de forma ampla e sem qualquer corte ou interferência externa ou interna.³⁴ Com isso, essa Corte atingiu o maior grau possível de aplicação do princípio da publicidade constitucional. O processo penal, no entanto, por não ser apenas o instrumento de aplicação do direito de punir estatal, é também um drama social, no qual muitas vezes encontram-se complexos problemas de toda ordem, exploráveis como temas por outras áreas como os meios de comunicação de massa.

³⁴ As reuniões administrativas do STF ainda são realizadas em recinto sem acesso do público (Gabinete do Presidente da Corte) embora se tomem importantes decisões de caráter processual, alteração do Regimento, etc. É certo que algumas vezes elas são realizadas no próprio Plenário do STF, como ocorreu em 28/5/2014, onde foi aprovada alteração no RISTF transferindo para as Turmas o julgamento de ações ajuizadas contra atos do Conselho Nacional de Justiça-CNJ e Conselho Nacional do Ministério Público - CNMP, dos crimes comuns de deputados federais e senadores, bem como os crimes comuns e de responsabilidade atribuídos a ministros de estado e comandantes das Forças Armadas, membros dos tribunais superiores e do TCU, e chefes de missões diplomáticas e outras medidas, entretanto, na maioria das vezes, essas reuniões administrativas ocorrem em local fechado, sem acesso público contrariamente ao que prescreve a Constituição, no art. 93, inciso X, “as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas e em sessão pública, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros”. Redação dada pela EC nº 45/2004. Nesse caso, aliás, a maioria absoluta se configura como um *deus ex machina*, como diz Gustavo Zagrebelsky: “El deus ex machina se llama mayoría”. (Zagrebelsky, 2008, p. 100).

Costuma-se, ainda, chamar de publicidade mediata aquela exercida pelos meios de comunicação de massa, ou por jornalistas que divulgam informações dos processos judiciais para um número indeterminado de pessoas. Embora se encontre na maioria dos sistemas jurídicos restrições a esse perfil mediato do princípio da publicidade,³⁵ no Brasil, em particular no STF, praticamente não há distinção, salvo nos raríssimos casos em que há imposição legal.³⁶

A publicidade, assim concebida, coexiste com a soberania popular, no sentido do controle exercido pela opinião pública sobre os atos estatais³⁷ – num ordenamento democrático baseado no princípio do estado democrático de direito, o respeito ao princípio da publicidade é uma exigência estrutural do sistema normativo. Ele garante o conhecimento das atividades das organizações jurisdicionais, como são praticados os atos processuais e tomadas as decisões, além de ser uma garantia do acusado de que seu julgamento não ficará sujeito apenas ao conhecimento do magistrado, assumindo, portanto, o caráter sigiloso, com todas as consequências nefastas disso. A exposição do acusado (que não necessita estar presente fisicamente à sessão de julgamento no STF) ao crivo da opinião pública pode representar para ele um problema de difícil solução. A aplicação do princípio da publicidade, no processo penal do STF, faz com que o acusado não possa renunciar a ele. O seu processo – a verificação da culpa *lato sensu* – está, portanto, condenado a ser público.³⁸

Assim, a publicidade, sob a ótica de sua função originária de garantia se converte em uma carga, em um instrumento de penalização social preventiva, porque privilegia apenas os aspectos da acusação, da incriminação, da prisão, etc., e não argumentos e fatos da defesa. (Ferrajoli, 2014, p. 569)

³⁵ Alguns autores chamam inclusive de “publicidade incontrolada, convertendo o processo em espetáculo, o que comporta uma séria ameaça para a presunção de inocência do réu e para os direitos da personalidade de quem participa no processo. Por causa disso, para a justiça penal a transposição de funções à publicidade indireta, isto é, a que se produz por meio da imprensa, significa ao mesmo tempo risco e possibilidade” (Souza, 2010, p. 194) Os riscos apontados foram superados pelo STF. É evidente, no entanto, que ao transmitir as sessões de julgamento de processos penais do STF, a TV-Justiça e mesmo a Rádio Justiça constroem uma ligação com a opinião pública.

³⁶ Haveriam diversos riscos na transmissão dos julgamentos penais: “para o réu exposto a uma pré-condenação pelos meios de comunicação, com o que se acrescenta uma nova e incrementada tarefa para a presunção de inocência (Exer, 1987); risco para os fins do processo que podem ver-se influídos pelos desejos e as expectativas do público (Hassemer, 1984); e risco também para as exigências de reinserção que podem fracassar diante das campanhas da imprensa.” (Souza, 2010, p. 194). Assim, a influência dos meios de comunicação de massa nas decisões jurisdicionais seria inequívoca, pois “não sendo o juiz um asséptico ou eunuco, pode ser sujeito aos mitos criados pelos meios de comunicação em massa no momento da concretização do direito penal e processual penal, quando realiza o direito por meio de uma decisão que pretenda atender às expectativas prático-sociais dos sujeitos comunitários.” (Souza, 2010, p. 224)

³⁷ Pois a reta administração da Justiça requer a colaboração de uma opinião pública informada e esclarecida e é nesse âmbito no qual alcança o seu mais alto nível de proteção ao direito à liberdade de expressão e a receber informação verdadeira. (Souza, 2010, p. 197)

³⁸ De maneira que o julgamento criminal não é meramente um procedimento de verificação de culpas, *lato sensu*. Ele se constitui também num drama, ou ritual, onde se desenvolve um conflito para tentar reduzir seu conteúdo violento (Anitua, 2002, p. 2; Garapon, 1997, p. 72; Tedesco, 2007, p. 439).

Naturalmente, a publicidade do processo não tem nada que ver com a sua repercussão ou sua transformação em espetáculo, que podem bem conciliar-se com o segredo da coleta e formação das provas. Mas é precisamente desse tipo a publicidade parcial assegurada pelo “processo misto” de origem napoleônica, afirmado na Itália com o Código Rocco e perpetuado, nesse aspecto, pelo novo Código: público e solene na fase dos debates; protegido pelo segredo, mas aberto a indiscrições sem controle, na velha fase instrutória, hoje das investigações preliminares. É claro que esse conúbio híbrido entre segredo e repercussão propicia ao imputado as desvantagens tanto do sigilo como da publicidade. O rumor em torno do processo, aumentado enormemente pela relação ambígua que se instaurou nos últimos anos entre *mas media* e órgãos voltados à perseguição, é de fato inversamente proporcional à efetiva cognoscibilidade dos atos processuais, permitida de maneira distorcida pelo vazamento de notícias de modo uníssono durante a instrução, mas impedida, na fase dos debates, pela crescente dimensão das atividades judiciárias. (Ferrajoli, 2014, p. 569)

A publicidade, no entanto, é um direito pré e supraconstitucional, na medida em que ele preexistiu a Constituição e está previsto na Declaração de Direitos do Homem, art. 10 “toda pessoa tem direito, em condições de plena igualdade de ser ouvida publicamente e com justiça por um Tribunal independente e imparcial.” Também se configura numa garantia de que o processo, os debates, as deliberações sejam tomadas em ambiente público, que se permita o livre acesso do povo à sala de audiência para que possa assistir ao ritual do julgamento. Embora na Constituição Federal não contenha um direito fundamental a um julgador imparcial, esse direito parece que está implícito no princípio do devido processo legal e da ampla defesa (inciso LV art. 5º CF) pois não faz sentido algum a Constituição garantir o devido processo legal, sem que se garanta um juízo imparcial e independente, sem que se precise, para isso, apelar para a Declaração Universal dos Direitos do Homem para buscar validade a esse direito.

Nas conexões entre os meios de comunicação – em especial a televisão – e os julgamentos criminais, haveria que conciliar o direito individual do acusado a um juízo público sobre o processo em que participar, com o direito do público de saber o que está ocorrendo nesse espaço público. Nilo Batista cita o caso *Estes v. Texas*, julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos em 1951, no qual foi anulada a condenação de Billie Sol Estes pelo cometimento de diversas fraudes, em função de ter havido no julgamento uma grande exposição midiática – não apenas pelo conjunto de reportagens e crônicas sobre o caso, mas também a presença de câmeras e jornalistas durante as audiências. Nesse caso, a Suprema Corte entendeu que “a publicidade do julgamento constitui uma garantia constitucional do acusado e não um direito do público.” (Batista, 2015, p. 19).

Atualmente, entretanto, prevalece a ideia de que para os cidadãos é preferível uma sobre-informação e uma hiperexposição dos julgamentos criminais do que um processo penal secreto, sujeito a manipulações pelos diversos interesses envolvidos no caso. (Anitua, 2003, p. 174)

“Toto, I’ve a feeling we’re not in Kansas anymore.”

(The Wizard of Oz – 1939 - film)

CAPÍTULO 2 – TEORIA SISTÊMICA: DISPOSITIVO TEÓRICO DE ANÁLISE

1. Direito e comunicação na Teoria sistêmica

Pode parecer uma dose de ousadia a abordagem sistêmica realizada sobre o julgamento de um escândalo político midiático como o da presente pesquisa. Em primeiro lugar, as peripécias envolvidas no percurso da observação poderiam ser desencorajadoras. Por outro, o pensamento teórico de extrema abstração e complexidade de Luhmann, que foi sendo construído ao longo da sua vida, serve de anteparo a qualquer atrevimento. Tendo em conta esses fatores, foi com muito cuidado que foram selecionados os aspectos mais relevantes dessa imensa “caixa de ferramentas”³⁹ teóricas e metodológicas, por estarem mais de perto com o tema da pesquisa – o julgamento do escândalo político midiático do “mensalão” pelo STF.

Desvelando os aspectos fundamentais – pontos de partida -⁴⁰ da construção teórica de Luhmann, que se aplicam à observação desta pesquisa, foram selecionados os conceitos de sistema/ambiente, autopoiesis, acoplamentos estruturais e a descrição dos sistemas sociais (direito e comunicação) os quais se afiguram como os atributos capazes de servir de instrumento na observação do *corpus* e do Estudo de Caso.

Obviamente, mesmo quanto a esses aspectos selecionados, não se trata de um estudo aprofundado do aparato conceitual de Luhmann, nem uma descrição completa de seu pensamento nesses aspectos, no confronto das obras publicadas ao longo de sua pesquisa e aquelas publicadas mais recentemente ou mesmo após a sua morte,⁴¹ que talvez espelhasse o estágio último de sua teoria.⁴²

Como se sabe, Luhmann em várias ocasiões observou que sua teoria não trata de um projeto para melhorar a sociedade, senão de melhor descrever sociologicamente a sociedade, ou alguns problemas dela.⁴³ Assim, ele parte da concepção da sociedade moderna como complexa,

³⁹ Eis aqui o momento e o lugar de fazer notar que, tal qual a plaina do marceneiro, o cinzel do escultor, a paleta do pintor, o microscópio do biólogo, ou telescópio do astrônomo, essas ferramentas teóricas permitem ampliar o espectro de observação do analista.

⁴⁰ Para Celso Campilongo seriam quatro: “Quatro pontos de partida peculiares à teoria dos sistemas – em geral, ignorados por outras abordagens – servem para destacá-la dos enfoques predominantes e, ao mesmo tempo, chamar a atenção para suas potencialidades: sistema/ambiente, meio/forma, observação de primeira ordem/observação de segunda ordem e inclusão/exclusão.” (Campilongo, 2012, p. 43)

⁴¹ Como é o caso do artigo “A restituição do décimo segundo camelo: do sentido de uma análise sociológica do direito”. (Luhmann, 2004, p. 33-107)

⁴² “La sociedad de la sociedad es la obra de toda una vida académica dedicada al estudio de los fenómenos propios de la sociedad moderna y los procesos que llevaron a ella. Con paciencia, perseverancia y sin descanso el profesor Luhmann fue elaborando conceptos que le permitieran capturar los modos en que la sociedad se describe a sí misma. Con ellos ofrece una descripción de la sociedad contemporánea que también es una autodescripción de ésta: la ciencia es un subsistema de la sociedad del cual es parte la sociología.” (Mansilla, 2007, P. XVII).

⁴³ Em diversas entrevistas Luhmann enfatizou esse aspecto, que se encontra em Weber, ou seja, a postura que

que, para diminuir essa complexidade, se estrutura em subsistemas funcionalmente diferenciados.⁴⁴

A sociedade é um sistema comunicativamente fechado: produz comunicação mediante comunicação. Sua dinâmica consiste em que a comunicação atua sobre a comunicação e, neste sentido: transforma permanentemente as distinções e indicações atuais. (Luhmann, 2007, p. 68)

Para Luhmann, a sociedade é apreendida como um sistema social autorreferente de comunicações, analisadas através de diferentes âmbitos (subsistemas sociais) como direito, economia, política, etc. (Neves C., 2012, p. 10) Também como aspecto fundamental têm-se a distinção entre sociedade e indivíduo, ou seja, para Luhmann, a sociedade é formada de comunicações e não de pessoas. Os indivíduos⁴⁵ – sistemas psíquicos, ligados à consciência a qual produz pensamento (Neves C., 2012, p. 11) – não são um componente da sociedade, mas seu entorno, seu ambiente. A sociedade supõe a existência de indivíduos, mas como seu ambiente. (Neves C., 2012, p. 11)

A sociedade moderna se caracteriza pela diferenciação funcional. Isso se deu a partir de um longo processo evolutivo, no qual foi suplantada a ordem social antiga (Luhmann, 2007, p. 828-829) caracterizada pela segmentação, por critérios naturais (homem/mulher; jovem/idoso; fraco/forte) geográficos (centro/periferia; metrópole/colônia) ou por estratos (nobre/plebeu; senhor/escravo). (Campilongo, 2012, p. 6) De sorte que nessa sociedade os sistemas socialmente diferenciados atribuem importância às observações que eles próprios realizam. Assim, para o

distingue a tarefa do cientista em produzir teoria sobre a sociedade e o político com a responsabilidade de melhorar a sociedade. (Neves C., 2012, p. 8) Assim, na entrevista a Wolfgang Hagen, em outubro 1997, expressou exatamente essa postura, ou seja, indagado se “¿Hay alguna preocupación suya, y esta es mi pregunta final, alguna preocupación política, de desarrollo, evolutiva, que Ud. cree poder enfrentar con su teoría? ¿Cree que la teoría puede ofrecer una mejoría si fuera tomada lo suficientemente en cuenta?: - Bueno, creo que **‘mejorar’ no, pero seguramente podría describir ciertos problemas con más precisión. Por ejemplo, asumir que la sociedad genera diferenciación funcional, que la política, la economía, la Justicia, la Educación etc. funcionan con lógicas diferentes, esto tiene consecuencias**, primero en la visión general y la comprensión de las relaciones entre los sistemas, por ejemplo, si más educación tiene efectos positivos o negativos en la democracia, o si en algún momento no se puede garantizar la educación primaria, cuál sería el futuro del sistema judicial. ese tipo de cosas. Y por otra parte.” Disponível em http://www.ddooss.org/articulos/entrevistas/Niklas_Luhmann.htm último acesso em 24/1/2016. G.n. Também “Yo no me considero, en modo alguno, como un censor «Schulmeister» para la sociedad o como alguien que sabe bien adónde hay que dirigirse; como máximo, soy alguien que observa cómo transcurren los cambios y ve, a continuación, las deficiencias -por ejemplo, las deficiencias de la teoría» (A W, p. 117).” (Izuzquiza, 2008, p. 39)

⁴⁴ “La sociedad moderna — cosa que demostraremos ampliamente— se caracteriza por la autonomización funcional y la clausura operativa de sus sistemas parciales más importantes. Sus sistemas funcionales quedan en libertad de auto-organizarse y de auto-reproducirse. Y esto significa que el sistema total ya no puede establecerse en sus sistemas parciales a través de un control operativo, sino únicamente a través de las repercusiones estructurales de su forma de diferenciación.” (Luhmann, 2007, p. 26)

⁴⁵ “*La Sociedad sin Hombres*. Niklas Luhmann o la teoría como escándalo”: “La sociedad, y cuanto ella comporta, es creación independiente del mismo hombre. Lo que no quiere decir que no se transforme, que no pueda cambiarse, que no pueda advertirse su estructura. La sociedad no puede nunca existir sin hombres, pues éstos son su presupuesto.” (Izuzquiza, 2008, p. 315)

Direito interessa o que é o próprio direito, e isso vale para os demais sistemas de comunicação funcionalmente diferenciados.

Direito, política, economia, ciência, por exemplo, são funções sociais que produzem comunicações exclusivas. Essas comunicações, por expressar funções, possuem os seus próprios limites, estabelecidos pelas suas operações internas.⁴⁶ (Luhmann, 2007, p. 392)

Admitindo-se que comunicação é o elemento básico e característico da sociedade, diferenciação funcional é a forma de organização da malha de comunicações. Tudo o que for socialmente relevante se traduz em comunicação. Temas, objetos, acontecimentos, relações interpessoais, organizações, atividades coletivas, eventos naturais, enfim, tudo o que possa interessar à sociedade recebe tratamento comunicativo. Alargar o horizonte de possibilidades do mundo significa expandir as formas de comunicação. Mudança social, transformação da sociedade e evolução são aquisições que só ganham sentido a partir e como resultado do processo de comunicação. Quanto maiores as possibilidades de comunicação, maior a complexidade social. Quanto maior a complexidade social, maior, também, a diferenciação funcional. (Campilongo, 2012, p. 5)

A teoria sistêmica não pode ser concebida como uma teoria unívoca, que só exigiria uma simples leitura de alguma parte da obra para se compreender o seu conjunto. Ao contrário, constitui ela uma porta aberta à reflexão de múltiplos e angustiantes temas de grande relevância para a sociedade contemporânea, com ramificações em vários campos do conhecimento, cujo objetivo é elaborar e aqumbarcar toda a complexidade da sociedade.⁴⁷ Detalhá-los todos, estaria fora dos propósitos desta pesquisa.

Outros aspectos conceituais da teoria dos sistemas autopoieticos⁴⁸ importantes dizem respeito à autopoiesis, ao fechamento operacional⁴⁹ e ao acoplamento estrutural de sistemas autorreferenciais – entendidos como aqueles que diferenciam seus próprios elementos dos demais (ambiente) –, que sucintamente serão descritos, em face das peculiaridades desta pesquisa.

⁴⁶ “Los límites no son partes, no son —casi podría decirse— campos parciales del sistema, habiendo además partes “interiores” que se benefician del hecho de no tener contacto con el entorno. Más bien un sistema social no es otra cosa que el lado operativo (interno) de la forma sistema. Y con cada operación del sistema se reproduce el carácter distintivo del sistema, a diferencia del entorno. La autopoiesis de un sistema de sentido no es otra cosa que la reproducción de esta diferencia.” (Luhmann, 2007, p. 244-245)

⁴⁷ Nesse aspecto, aliás, se contrapõe à concepção do chamado universalismo negativo desenvolvido por Boaventura de Sousa Santos, Disponível em: http://www.ces.uc.pt/misc/Do_pos-moderno_ao_pos-colonial.pdf último acesso 14/11/2015.

⁴⁸ Constitui em um novo paradigma sistêmico nos termos propostos por Thomas Kuhn. (Rodrigues; Neves, 2012, p. 19)

⁴⁹ O fechamento operacional constitui a base da autonomia do sistema e permite distingui-lo do seu ambiente (Luhmann, 2007, p. 46) Assim, segundo essa noção o ambiente não interfere em nenhuma operação interna de reprodução do próprio sistema, de maneira que essa clausura operativa não deve se confundir com um isolamento ou ausência de qualquer contato com o ambiente. (Luhmann, 2007, p. 68)

Conforme a análise vai se ampliando, da menor unidade até o imenso labirinto⁵⁰ formado pela multiplicidade de sistemas e suas múltiplas interpenetrações – um labirinto de vidro -,⁵¹ mais se evidencia a importância da abordagem sistêmica. Ela servirá, assim, como bússola para a compreensão dos fenômenos sociais inseridos na sociedade cada vez mais complexa. Constitui-se, assim, numa ferramenta de explorador de labirintos.

1.1. Autopoiesis

Um sistema autopoietico é aquele que produz e reproduz seus próprios elementos através da interação de seus elementos. (Luhmann, 2005, p. 70) Essa noção foi incorporada à teoria dos sistemas autopoieticos⁵² a partir da elaboração de Maturana e Varela – os quais utilizaram esse conceito para descreverem primeiramente os sistemas vivos (biológicos). (Luhmann, 1990a, p. 1)

Assim, costuma-se chamar autopoiesis de primeira ordem aquela que se identifica com a organização da vida como fenômeno autopoietico, que ocorre em nível molecular,⁵³ na qual se fundamenta a autopoiesis dos organismos superiores, os seres vivos (Lopes Jr., 2004, p. 4) Já a autopoiesis de segunda ordem é concebida como aquela que ocorre ao nível da percepção – elaborada a partir da reflexão sobre a experiência das luzes de Otto von Guericke (1672) – na realidade uma ilusão cromática – mas que para Varela e Maturana essa experiência revela uma característica dos seres vivos, que é a incapacidade para distinguir o real do ilusório.⁵⁴

⁵⁰ Labirinto do tipo de rede, no qual “cada ponto pode ser conectado com qualquer outro ponto, e o processo de conexão é também um processo contínuo de correção das conexões, sua estrutura seria sempre diferente daquela que era um instante antes e cada vez se poderia percorrê-lo segundo linhas diversas. Portanto quem nele viaja deve também aprender a corrigir continuamente a imagem que faz dele, seja uma imagem concreta de uma seção (local), seja a imagem reguladora e hipotética que diz respeito à sua estrutura global (incognoscível, que por razões sincrônicas ou diacrônicas).” (Eco, 2007, p. 62) muito mais complexo, portanto, do que aquele que nos vem da lenda da mitologia grega, no qual o fio de Ariadne conduz Teseu à saída do labirinto.

⁵¹ “Me gustaría pensar que con su obra Luhmann hace de estos antiguos laberintos de perdición laberintos de cristal. Laberintos donde sigue existiendo la posibilidad de perderse, pero en los que la estructura de la perdición es, cada vez, más transparente. Que eso es un laberinto de cristal: el laberinto pierde, pero el cristal permite ver por qué existe la perdición. La obra de Luhmann indica cómo se puede transformar un laberinto de perdición en un laberinto de cristal.” (Izuzquiza, 2008, p. 316)

⁵² Tal como Francisco Varela, Luhmann utiliza muitas vezes indistintamente os termos autopoiesis e autorreferência. (Rodrigues; Neves, 2012, p. 25) embora se possa identificar vários tipos de autorreferência, a autopoiesis é uma particularidade da noção de sistemas autorreferentes (Rodrigues; Neves, 2012, p. 30).

⁵³ “O que define os seres vivos é a característica de produzirem de forma contínua a si próprios, e essa forma de organização é chamada de autopoietica.” (Lopes Jr., 2004, p. 3)

⁵⁴ “Sob esta premissa de incerteza é que devemos buscar a explicação.” (...) “Nossa experiência do mundo portanto está atrelada à nossa estrutura. O mundo que vemos é o mundo de nosso campo visual, as cores que vemos são as cores que nossa estrutura possibilita que vejamos. As consequências podem ser ampliadas quando passamos para o fenômeno da explicação. Assim, diz Maturana, o explicar e a experiência ocorrem em momentos distintos, pois explicar requer uma reformulação da experiência. Duas pessoas podem compartilhar uma experiência e mesmo assim possuírem explicações diversas sobre ela. Isto tem a ver com a história de cada ser vivo em sua deriva natural. O que leva à seguinte conclusão: toda reformulação da experiência é uma explicação.” (Lopes Jr., 2004, p. 5)

Luhmann anteviu que os sistemas sociais possuíam as mesmas funcionalidades dos sistemas físicos e psíquicos, embora nos sistemas sociais a relação entre os elementos é que fornece a qualidade autopoietica, e não pelo simples fato de os elementos serem autopoieticos. (Lopes Jr., 2004, p. 7) De maneira que, se para os sistemas psíquicos os pensamentos são gerados numa rede, que leva a outros pensamentos, para os sistemas sociais a comunicação é o componente autopoietico, pois ela gera uma nova comunicação de forma recursiva.⁵⁵ (Lopes Jr., 2004, p. 8)

De fato, Luhmann criou outro nível de autopoiesis ao transpor esse conceito para os sistemas sociais – “a teoria autopoietica deixa de ser unicamente uma teoria explicativa da vida e da percepção, para se tornar uma teoria complexa e avançada dos sistemas sociais.” (Lopes Jr., 2004, p. 8)

1.2. Observações de primeira e segunda ordem

Observar para a teoria sistêmica consiste em realizar distinções, na medida em que se faz uma distinção do observado com tudo que ficou de fora dessa observação.⁵⁶ Assim, uma observação sistêmica consiste em fazer uma distinção que revela dois lados: o lado de algo observado e o daquele que faz a distinção.⁵⁷

Luhmann adotou a teoria da forma de G. Spencer-Brown,⁵⁸ que afirma que ao se traçar uma distinção – qualquer distinção - se faz uma marca que divide o espaço, indicando um dos lados e deixando o outro como “*unmarked space*”.⁵⁹ O observador fica de um lado e observa o

⁵⁵ Para Luhmann, os sistemas sociais e, portanto, também as organizações, estão constituídas por comunicações. “A comunicação é aquela operação autopoietica que se refere recursivamente a si mesma, no sentido retrospectivo e prospectivo, e assim produz sistemas sociais. A comunicação, então, somente existe como sistema social e nos sistemas sociais unicamente. A sociabilidade não é um fato dado, independente da comunicação (por exemplo, como propriedade do ser humano).” (Luhmann, 2010, p. 83 e 86) No mesmo sentido, Lopes Jr., para quem a comunicação “é a recursividade própria da sociedade, e os pensamentos são a recursividade própria dos sistemas psíquicos, ambos são meios um do outro. ‘Ambos são sistemas auto-referenciais fechados, que estão limitados a seu próprio modo de reprodução autopoietica. Há, no entanto, imensas e altamente complexas interdependências causais.’” (Lopes Jr., 2004, p. 8)

⁵⁶ Luhmann considerava essa questão como uma das mais importantes da sua teoria dos sistemas: “I will discuss a topic that I consider the most important and most abstract part of my theory of social systems, namely, the differential or difference theoretical approach. This approach is based on recent insights in systems theory.” (Luhmann, 2006a, p. 37)

⁵⁷ “Una distinción presenta la paradoja de ser la unidad de la diferencia: es esto o lo otro, pero también esto y lo otro.” (Mansilla, 2010, p. 10)

⁵⁸ “The theme of this book is that a universe comes into being when a space is severed or taken apart. The skin of a living organism cuts off an outside from an inside. So does the circumference of a circle in a plane. By tracing the way we represent such a severance, we can begin to reconstruct, with an accuracy and coverage that appear almost uncanny, the basic forms underlying linguistic, mathematical, physical, and biological science, and can begin to see how the familiar laws of our own experience follow inexorably from the original act of severance. The act is itself already remembered, even if unconsciously, as our first attempt to distinguish different things in a world where, in the first place, the boundaries can be drawn anywhere we please. At this stage the universe cannot be distinguished from how we act upon it, and the world may seem like shifting sand beneath our feet.” (Spencer-Brown, 1979, p. xxix).

⁵⁹ “Distinction is perfect continence. That is to say, a distinction is drawn by arranging a boundary with separate

outro, mas não é capaz de observar a distinção que realiza. Muito menos pode se observar a si próprio observando, fazendo a distinção – quer dizer, no mesmo momento em que a realiza, pois ninguém pode ver seus próprios olhos enquanto vê. Assim, tanto a distinção quanto o observador que a realiza constituem o ponto cego de toda observação. (Rodrigues, D., 2010, p. 11).

As observações realizadas podem ser reintroduzidas em distinções posteriores, no lado do observador, operação denominada de “re-entry” (reentrada).⁶⁰ De modo que agora o observador pode observar tanto o outro lado, como a distinção realizada. Essa nova situação, cria um novo espaço gerado pela reentrada, e mesmo nessa nova etapa não pode observar a distinção que agora realiza, mas pode observar a distinção efetuada por outro observador enquanto ele observa, bem como o próprio observador – e, assim, pode observar o ponto cego desse observador, seus pontos cegos e os esquemas de distinção que utilizou. (Rodrigues, D., 2010, p. 11).

Dessa maneira, ao observar observadores, o sistema funcionalmente diferenciado evidencia as distinções realizadas, bem como são capazes de observar as distinções que não foram vistas pelo observador, por estarem no seu “ponto cego” - “*blind spot*”. (Luhmann, 2011, p. 159)

Assim, os meios de comunicação, quando observam um escândalo midiático, realizam observações de como observam os observadores. O STF, da mesma forma, quando observa decisões de outros tribunais ou de outras organizações, realiza observações de como os observadores observaram. De sorte que quem observa essas observações realiza observações de segunda ordem. (Campilongo, 2012, p. 48)

O STF quando decide um caso – envolvendo um escândalo midiático, por exemplo -, realiza observação de primeira ordem. Quem observa como foram realizadas essas observações - os meios de comunicação de massa, por exemplo - realiza observações de segunda ordem. Da mesma forma, os meios de comunicação de massa fazem observação da sociedade – como são

sides so that a point on one side cannot reach the other side without crossing the boundary. For example, in a plane space a circle draws a distinction. Once a distinction is drawn, the spaces, states, or contents on each side of the boundary, being distinct, can be indicated. There can be no distinction without motive, and there can be no motive unless contents are seen to differ in value. If a content is of value, a name can be taken to indicate this value. Thus the calling of the name can be identified with the value of the content.” (Spencer-Brown, 1979, p. 1). A partir dos axiomas: “Axiom 1. The law of calling - The value of a call made again is the value of the call”; e “Axiom 2. The law of crossing - The value of a crossing made again is not the value of the crossing.” (Spencer-Brown, 1979, p. 1-2) no qual é demonstrada (matematicamente) essa teoria.

⁶⁰ “Re-entry - The key is to see that the crossed part of the expression at every even depth is identical with the whole expression, which can thus be regarded as re-entering its own inner space at any even depth.” (Spencer-Brown, 1979, p. 56) “Equations of expressions with no re-entry, and thus with no unresolvable indeterminacy, will be called equations of the first degree, those of expressions with one re-entry will be called of the second degree, and so on.” (Spencer-Brown, 1979, p. 57)

realizadas as observações pelo sistema funcional jurídico, por exemplo. Tanto o sistema jurídico como os meios de comunicação realizam observações sobre como eles mesmos fizeram as observações. Realizam, portanto, auto-observações e hetero-observações. (Campilongo, 2012, p. 48)

Como corolário dessas descrições, observa-se que a teoria dos sistemas autopoieticos é uma teoria científica e não normativa, na medida em que possui a capacidade de aprender, e que passa pelo teste da falseabilidade de Popper – consistência lógica,⁶¹ fundamentação⁶² e contrastabilidade.⁶³ Já uma teoria normativa, por não poder aprender, não tem a capacidade de se modificar mesmo que se demonstre que esteja errada. (Rodrigues, D., 2010, p. 11-12) O que significa que outros acréscimos podem surgir nesse e noutros pontos específicos da teoria sistêmica.

1.3. Sistema e ambiente (entorno)

Um sistema autopoietico é constituído por elementos autoproduzidos – e por nada mais. Tudo o que opera no sistema como unidade, mesmo que seja um último elemento, não mais passível de ser decomposto – é produzido no próprio sistema através da rede de tais elementos. (Luhmann, 1997a, p. 41)

Desse modo, um sistema pode ser concebido como a forma de uma diferenciação, possuindo dois lados: o sistema (como o lado interno da forma) e o ambiente (como o lado externo da forma). Um sistema autopoietico possui a qualidade de auto constituírem-se⁶⁴ – por isso a ideia de fecharem-se em si mesmos no que diz respeito às suas operações intrínsecas, para construir as singularidades que os diferenciam funcionalmente e essa autoconstrução estabelece a fronteira da diferenciação (limites) com relação ao seu ambiente (“Umwelt”).⁶⁵

Dessa maneira, é de se entender que as estruturas dos sistemas autopoieticos se formam como uma constante resposta às perturbações provenientes do seu ambiente (entorno) que se constitui, portanto, num meio de desencadear as mudanças estruturais do sistema, de seu

⁶¹ Diz respeito à consistência lógica e se refere a que as hipóteses não podem negar as bases nas quais se assenta a ciência ou o conhecimento científico da área de conhecimento respectivo; devem, pois, estar de acordo com as proposições epistemológicas. (Colom, 2002, p. 23)

⁶² A fundamentação incide sobre a relação que os problemas e as pertinentes hipóteses devem ter com o corpo de conhecimentos de onde se originam. (Colom, 2002, p. 23)

⁶³ A contrastabilidade, que é o ponto mais determinante no processo de criação da ciência, implica que a solução hipotética que se aporta se cumpra empiricamente, é dizer, na realidade, ou seja, que deixe de ser hipotética e se converta em verdadeira solução. (Colom, 2002, p. 23)

⁶⁴ O que remete a ideia de circularidade – uma espécie de *loop* – entretanto, essa circularidade é subordinada à realização de sua autopoiesis, de outra forma o sistema se desintegra. É diferente, assim, da ideia de Sísifo, da mitologia grega, e do “eterno retorno” – “Ewige Wiederkunft” - de Nietzsche, Gaia ciência, Aforismo 341.

⁶⁵ Esta expressão “Umwelt” tem sido traduzida em português como “entorno”, nós, no entanto, entendemos que melhor ficaria no contexto traduzi-la como ambiente, sem a conotação biológica. No mesmo sentido (Rodrigues; Neves, 2012, p. 33).

dinamismo constitutivo. Certamente por isso, Garcia Amado pergunta retoricamente “existiria direito ali onde não existiram comportamentos humanos ou onde estes não foram ao mesmo tempo contingentes (livres), porém suscetíveis de gerar expectativas?” (Garcia Amado, 2004, p. 317)

O direito, por exemplo, examina comportamentos exteriores a seu sistema, mas tão somente para saber se são jurídicos ou antijurídicos (direito/não direito) e esse exame decorre de uma “ressonância” decorrente do ambiente. De maneira que a observação de um sistema autopoietico parte da distinção, a diferenciação entre sistema e seu ambiente. Todo sistema tem o seu ambiente: “os sistemas se constituem e se mantêm mediante a criação e a conservação da diferença com o ambiente e utilizam seus limites para regular tal diferença. Sem diferença com relação ao ambiente não haveria autorreferência.” (Luhmann, 1998, p. 40).

Um aspecto importante dessa concepção é que o sistema não pode ser entendido em termos de ser mais importante que o seu ambiente, muito menos em relação a outros sistemas funcionais. Na realidade, somente a existência dos dois pode constituir a diferenciação funcional. Os sistemas funcionais – como a economia, a ciência, a política ou o direito – propõem cada um exigências de acordo com os seus próprios limites. (Luhmann, 1997, p. 111-112)

1.4. Acoplamento estrutural

Para a teoria sistêmica, o conceito de acoplamento estrutural – inspirado também na teoria de Maturana – está intimamente ligado à noção de fechamento autopoietico.⁶⁶ Refere-se à relação existente entre um sistema e os pressupostos do seu ambiente que devem apresentar-se para que possa continuar dentro de sua própria autopoiesis (Corsi; Esposito; Baraldi, 1996, p. 19). Indica, desse modo, o quê e quando cada tipo de dependência com relação ao ambiente é compatível com a autopoiesis do sistema observado e também com o fechamento operacional (Luhmann, 1997, p. 42-43).

As interações sistêmicas podem irritar, ou, como prefere Maturana, perturbar as operações do sistema, quando o sistema observa essas irritações e as processa gerando informação e, conseqüentemente, novas observações são produzidas. De modo que

⁶⁶ “Según la cual cada una de las unidades utilizadas por un sistema está constituida dentro del sistema mismo, sin ningún *input* de materiales o información del entorno. Los sistemas autopoieticos están determinados por la estructura, en el sentido en el que sólo las propias estructuras del sistema pueden establecer las operaciones que efectúa: se excluye el hecho que los datos del entorno puedan determinar lo que acontece en el sistema. No obstante, todos los sistemas necesitan muchos presupuestos factuales en su entorno, que no pueden producirse ni garantizarse por ellos mismos: es decir, presuponen un *continuo de materialidad* necesario para su existencia” (Corsi; Esposito; Baraldi, 1996, p. 19).

nem todos os acontecimentos do ambiente, na verdade apenas pouquíssimos deles, podem atuar sobre o sistema neste sentido, através do acoplamento estrutural. Mas quando são estabelecidos acoplamentos estruturais específicos, e isso acontece no processo de diferenciação dos sistemas autopoieticos como uma de suas precondições, o efeito do ambiente sobre o sistema, tal como, por exemplo, o da consciência sobre o transcurso de comunicações, pode ser intensificado graças a uma delimitação rigorosa. (Luhmann, 1997, p. 42)

Os acoplamentos estruturais produzem irritações nos sistemas observados, são ressonâncias reciprocamente produzidas, que vão propiciar a evolução dos próprios sistemas, pelas alterações que acabam por realizar, mantendo os referidos acoplamentos estruturais entre si. A esse processo de acoplamento constante, frente a uma situação de mudanças ininterruptas dos sistemas observados, Humberto Maturana denomina de *structural drift*.⁶⁷

Assim, o acoplamento estrutural explica também o processo de irritação (ou perturbação) que surge de uma confrontação interna de acontecimentos com as possibilidades próprias, sobretudo com as estruturas estabilizadas, como as expectativas. Para Luhmann, não existe nenhuma irritação que provenha do entorno do sistema, pois sempre se trata de uma construção própria do sistema, uma auto-irritação obviamente proveniente do entorno. (Corsi; Esposito; Baraldi, 1997, p. 19)

O sistema tem, então, a possibilidade de encontrar em si mesmo a causa da irritação e aprender com ela, ou atribui a irritação ao entorno e assim tratá-la como casualidade, ou busca sua origem no entorno para aproveitá-la ou descartá-la. Estas distintas possibilidades estão colocadas na distinção própria do sistema (autorreferência / heterorreferência) e uma vez que se tem a capacidade de distingui-la, pode mudar a perspectiva e combinar as reações —por exemplo, aprender a partir de identificar as causas no entorno. (Luhmann, 2007, p. 87)

Para os termos desta pesquisa, os principais acoplamentos estruturais são entre direito e política; e direito e sistema de comunicação. No primeiro caso, a Constituição, em termos funcionais, promove o “acoplamento estrutural” entre os subsistemas do direito e da política. É criativa a descrição que faz Luhmann desses dois sistemas, utilizando-se da metáfora das bolas de bilhar: cada qual tem sua cor, não se confundem, entretanto, o jogo só tem sentido se elas se

⁶⁷ “A living system lives only as long as its internally generated structural changes occur with conservation of autopoiesis, and its encounters in the medium do not trigger in it its disintegration. That is, disintegration does not happen to a living system as long as it remains in the uninterrupted dynamic operational congruence with the medium (living and not living) through which its living is conserved. I call the operational coherence between the living system and the medium in which it exists, adaptation. In other words, the life history of a living system courses as a spontaneous flow of continuous structural changes that follow a path or course in which the living system conserves autopoiesis and adaptation in its domain of existence. I call this process ontogenic *structural drift*.” G.n. (Maturana, 2002, p. 17)

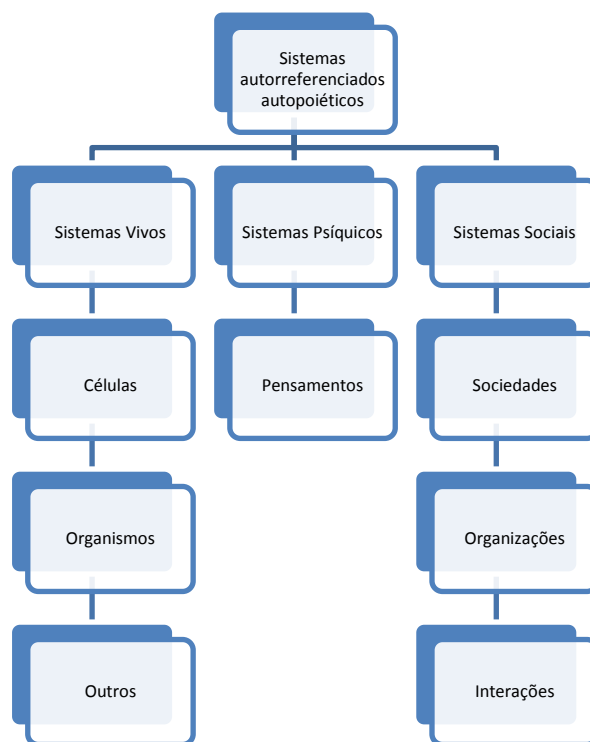
tocarem. Na figura de linguagem, as bolas sugerem a diferenciação funcional dos subsistemas, e um conjunto de prestações recíprocas entre eles, política e direito.⁶⁸ (Campilongo, 2011, p. 77)

O sistema de comunicação mantém com seu ambiente diferentes acoplamentos, a partir de notícias, publicidade e entretenimento. No caso específico do acoplamento estrutural com o direito, ele se dá na forma de notícias que mobilizam a opinião pública, ou promovem julgamentos antecipados – *trial by the media*. Luhmann cita dois casos, como exemplares: o primeiro, no tratamento cuidadosamente planejado da imprensa escrita e televisiva na campanha contra a corrupção conduzida pelos promotores públicos e juízes italianos – operação “mãos limpas”. No segundo caso, o julgamento da agressão a Rodney King, em Los Angeles nos anos 1992-1993. (Luhmann, 2005, p. 117-118). No Brasil, poderíamos citar inúmeros casos assemelhados.

Uma tentativa de esquematizar os sistemas autorreferenciais, concebidos por Luhmann, partindo-se de um nível mais alto ao mais concreto,⁶⁹ é apresentada no seguinte gráfico: (Luhmann, 1990a, p. 2)

⁶⁸ “O que conduz definitivamente a uma teoria dos sistemas operativamente fechados sensíveis apenas a perturbações mais do que a determinações recíprocas e obriga a que se recorra à respectiva linguagem sistêmica para se poder reagir. A relação entre o sistema político e o jurídico assemelha-se mais com a das bolas de bilhar que, apesar da contínua frequência com que se entrechocam, cada uma continua a percorrer o seu caminho separado, do que com a de gêmeos siameses somente capazes de se moverem conjuntamente. Na concepção moderna, a base da realidade das Constituições consiste na diferenciação funcional do sistema social.” (Luhmann, 2003, p. 25)

⁶⁹ “The text that follows uses this kind of multilevel approach. It distinguishes a general theory of self-referential autopoietic systems and a more concrete level at which we may distinguish living systems (cells, brains, organisms, etc.) psychic systems, and social systems (societies, organizations, interactions) as different kinds of autopoietic systems.” (Luhmann, 1990a, p. 2)



As organizações surgem como pressuposto para a diferenciação funcional dos sistemas sociais. (Machado, 2014, p. 82) Elas se caracterizam como sistemas que comunicam por meio de decisões. Essas decisões permitem a redução de complexidade.⁷⁰ Para a teoria sistêmica, as organizações são sistemas autopoieticos, que se produzem e reproduzem a si mesmas por intermédio de operações próprias, adquiridas dos sistemas sociais a que pertencem e que internalizam códigos e programas desses sistemas sociais (Machado, 2014, p. 37).

O que caracteriza então essas operações das organizações? Para Luhmann, seriam as decisões – as organizações produzem suas próprias decisões (autorreferentes). E o que caracteriza essas decisões é o conceito de absorção de incerteza, ou seja, as organizações transformam incertezas em certezas,⁷¹ através das conexões de decisões. (Luhmann, 2010, p. 221)

No processo de diferenciação entre direito e política, cada vez mais as organizações se tornam necessárias para o desempenho de funções em sociedades complexas. Assim, cada sistema social supõe a reestabilização de soluções distintas, resultantes de processos de

⁷⁰ “Cuando se habla de ‘reducción de complejidad’ – siguiendo a Keneth Burke o a Jerome Bruner – de ninguna manera se piensa en una suerte de aniquilación. Se trata tan sólo de un operar en el contexto de la complejidad, es decir, de un traslado continuo de lo actual y lo potencial. En un nivel más complejo puede significar también que se elaboran descripciones complejas (del sistema o del entorno) que no hacen justicia a la complejidad del objeto, sino que lo reflejan en la forma simplificada de un modelo, de un texto o de un mapa.” (Luhmann, 2007, p. 107) “La sociedad no es un juego de suma cero. Desarrolla complejidad recurriendo a reducciones de complejidad adecuadas.” (Luhmann, 2007, p. 317)

⁷¹ Conceito extraído por Luhmann de James G. March e Herbert A. Simon: “a absorção de incerteza tem lugar quando se extrai inferências desde um conjunto de evidências e, logo, se comunicam as inferências em lugar das próprias evidências.” (Luhmann, 2010, p. 220), nota 4.

diferenciação interna (Luhmann, 2005; Luhmann, 2010). (Machado, 2014a, p. 83)

Interação é um sistema social cuja especificidade se dá pela presença física dos interlocutores da comunicação. (Luhmann, 2007, p. 56, 125 e 155) Pode-se definir, assim, o sistema de interação como sendo aquele que se forma quando os indivíduos presentes percebem que se percebem mutuamente, ou seja, quando cada um deles realiza a seleção levando em conta os outros participantes do diálogo, que estão presentes. (Corsi; Esposito; Baraldi, 1996, p. 96)

Tanto as organizações quanto o sistema de interação servem de “*interface*” entre os sistemas funcionais, sem que elas se deixem ordenar unilateralmente por nenhum lado. (Luhmann, 2007, p. 644) Para Luhmann, os sistemas de interação se formam quando se utiliza a presença de pessoas para resolver o problema da dupla contingência⁷² através da comunicação. A presença traz consigo a perceptibilidade e, nesta medida, o acoplamento estrutural com processos de consciência não controláveis por meio de comunicação. (Luhmann, 2007, p. 645)

2. Sistemas sociais

Sistemas sociais, para a teoria dos sistemas autopoieticos, são sistemas comunicativos que se reproduzem por estarem constantemente ligando comunicações a comunicações. A sociedade é formada pelo conjunto de todas as comunicações existentes no seu interior. Luhmann entende a comunicação como uma operação social que pressupõe “uma maioria de sistemas de consciências colaboradoras, ao mesmo tempo em que não pode (exatamente por essa mesma razão) ser atribuída, como uma unidade, a nenhuma consciência individual.” (Neves C., 2012, p. 10)

As comunicações são formadas no interior dos sistemas sociais autopoieticos, estabelecendo conexões entre si por meio do fechamento operacional. Essa clausura operacional permite a produção recursiva – de maneira circular - de sentido. De modo que as comunicações não são incorporadas do ambiente, mas, segundo seus próprios elementos elas são processadas e produzidas no próprio interior do sistema social considerado.

O fechamento operacional, no entanto, pressupõe a existência de estímulos advindos do ambiente, criando uma dependência recíproca entre o sistema social e o seu ambiente. Essa relação de dependência é denominada de acoplamento estrutural, por meio do qual os sistemas

⁷² Dupla contingência (ou contingência social) se refere ao fato de que tanto Ego como Alter observam as seleções realizadas pelo outro, como contingentes. (Corsi; Esposito; Baraldi, 1996, p. 67-68). De maneira que se formam expectativas de conduta em relação a cada participante, e, além delas, se formam expectativas das expectativas. As expectativas do outro estão incluídas ou se juntam às suas próprias expectativas. Na comunicação, se tem o pressuposto de que os participantes-perceptíveis percebem que são percebidos. (Luhmann, 2007, p. 645)

sociais escolhem os estímulos de comunicação que vêm do ambiente e processam segundo os seus próprios códigos.

Segundo essa teoria, quando essas comunicações atingem um alto nível de complexidade e especialização, são formados os sistemas sociais, com funções específicas, com um código binário exclusivo,⁷³ como pode ser citado o sistema jurídico e de modo particular o Supremo Tribunal Federal, como organização central desse sistema.

Esse código binário permite a cada sistema operar, de modo autopoietico, os estímulos de comunicação advindos do ambiente, de maneira que o sistema jurídico, por exemplo, tem como código de sua linguagem específica o binômio legal/ilegal (direito/não direito).

Por meio dos códigos, os estímulos das comunicações poderão ser aceitos ou ignorados. No decorrer desta pesquisa, poderá ser visto a aplicação dessa teoria e a forma com que são aceitos determinados estímulos do ambiente, notadamente quando forem examinados os acoplamentos entre os sistemas jurídico e de comunicação social (meios de comunicação de massa) no Estudo de Caso.

A teoria dos sistemas sociais autopoieticos de Luhmann nos ajuda a identificar os critérios de decisão, nos processos penais do STF e descrever, de forma objetiva, a relação entre os subsistemas sociais do direito e da comunicação.

Luhmann distingue três tipos de sistemas sociais, com diferentes formas de constituição, mas formados todos por comunicações (Luhmann, 1990a, p. 2):



A sociedade é concebida como formada por todas as comunicações possíveis, formando um sistema global. As organizações, tal como os sistemas, surgem ao distinguir-se de seu entorno. Como o sistema é sempre menos complexo que o seu ambiente, ele é concebido como uma redução de complexidade – que se refere ao número de possibilidades de relações entre seus elementos. De modo que de todas as relações sociais possíveis se selecionam apenas

⁷³ Uma afirmação da “lei do terceiro excluído” - *tertium non datur* ou *principium tertii exclusi* – segundo a qual qualquer proposição, ou ela é verdadeira ou sua negação é verdadeira (falsa); sua formulação mais antiga remete ao princípio da não-contradição de Aristóteles - Da Interpretação -, onde ele afirma que de duas proposições contraditórias uma é necessariamente verdade e a outra falsa.

algumas, e ao fazê-lo se produz um sistema como formado de amigos, uma organização, um agrupamento. (Rodrigues, D., 2010, p. 12)⁷⁴

Assim, um sistema será complexo quando não puder atualizar todas as relações que poderia ser estabelecida entre os seus elementos. Isso decorre ou é uma aplicação da lei da *requisite variety*⁷⁵ (variedade requerida) de W. Ross Ashby (1970, p. 244).⁷⁶ Ela permite, assim, a um sistema adquirir ou construir informações adequadas ao seu ambiente. (Luhmann, 2010, p. 53).

2.1. Comunicação

As interdependências que se estabelecem entre os sistemas sociais são realizadas sob a forma de comunicações. De maneira que toda forma de acoplamento estrutural entre sistemas sociais é realizada por comunicação. Aliás, sem comunicação não existiria a própria sociedade, na medida em que a comunicação “é a única via possível para que possam ser constituídas seleções em comum, como mecanismos de redução da complexidade” (Arnald; Lopes Jr., 2004, p. 304).

A comunicação é um mecanismo que constitui a sociedade como um sistema autopoietico:

Também a negação da comunicação é comunicação e, portanto, expressão da sociedade. A comunicação só se dá na sociedade: não existe comunicação sem sociedade, assim como não existe sociedade sem comunicação. O propósito da comunicação é criar diferenças que podem ser incluídas, em outras comunicações, formando e estabilizando as fronteiras do sistema. “Comunicação é uma síntese de seleções processadoras, que Luhmann chama de informação, transmissão e compreensão.” (Neves C., 2012, p. 10-11)

A comunicação, na teoria dos sistemas autopoieticos, se apresenta como a síntese de três seleções: (1) a emissão ou o ato de comunicar (Mitteilung); (2) informação;⁷⁷ e (3) ato de

⁷⁴ Também o “sistema abrangente de todas as comunicações, que se reproduz autopoieticamente, na medida em que produz, na rede de conexão recursiva de comunicações, sempre novas (e sempre outras) comunicações” (Luhmann, 1997b, p. 83).

⁷⁵ Segundo a qual, a estabilidade de um sistema depende da sua adaptação constante a condições variáveis: “somente a variedade pode destruir a variedade (...) a lei da Variedade Requerida, a quantidade de perturbação que atinge o padrão genético pode ser diminuída apenas da quantidade de informação assim transmitida. Eis a importância da lei na biologia.” (Ashby, 1970, p. 244)

⁷⁶ “Nas suas formas elementares a lei é intuitivamente óbvia e quase não merece uma exposição verbal. Se, por exemplo, um repórter fotográfico deseja lidar com vinte temas distintos (para exposição e distância), então a sua câmera deve obviamente ser capaz de, no mínimo, 20 tomadas distintas, se todos os negativos devem apresentar densidade e nitidez uniformes. Esta lei desenvolve seu poder, em sua forma quantitativa, quando consideramos o sistema em que tais assuntos não são tão evidentes, e sobretudo quando o sistema é muito amplo. Assim, até que ponto pode um ditador controlar um país? Costuma-se dizer que o controle de Hitler sobre a Alemanha foi total. No que concerne ao seu poder de regulação (no sentido da S.10.6), a lei reza que seu controle totalizava exatamente 1 potência-homem, e não mais.” (Ashby, 1970, p. 250)

⁷⁷ Luhmann recupera o conceito técnico de informação de Gregory Bateson, como sendo qualquer diferença que

entender (Verstehen) a diferença entre emissão e informação. Assim, “existe comunicação se Ego compreende que Alter a emitiu (e, portanto, é possível atribuir a sua responsabilidade) uma informação. A emissão de informação (...) não é em si uma comunicação. A comunicação se realiza unicamente se logra uma compreensão.” (Corsi; Esposito; Baraldi, 1996, p. 45-46)

De maneira que existem sempre mais possibilidades do que aquelas selecionadas como comunicação, tanto nos sistemas sociais quanto nos pensamentos nos sistemas psíquicos. Estão as comunicações estreitamente ligadas, portanto, à noção de *sentido*.⁷⁸ É um sistema constitutivo de *sentido*⁷⁹ que, desde o seu ponto de vista, observa a complexidade do mundo, já que o mundo está constituído como unidade da diferença entre sistema e entorno. Assim, a comunicação é um processo de produção de *sentido*. Essa afirmação, aparentemente tautológica, esconde uma profunda alteração na forma de ver os processos comunicativos, pois os sistemas sociais se reproduzem autopoieticamente como comunicações de comunicações. Como se viu, é necessário que estejam presentes a informação, a mensagem e a compreensão para que o processo comunicativo tenha êxito e, ainda assim, pode não ser aceita pelo receptor – como é o caso de afirmações inverossímeis, exigências exorbitantes, ordens arbitrárias, etc. -, em razão dos seus próprios processos autorreferenciais. (Luhmann, 2007, p. 248)

Analisando-se, assim, da maneira mais abrangente possível a sociedade como um sistema autopoietico que abrange todas as comunicações que ocorrem no seu interior, é possível concebê-la como um mecanismo que se auto-observa e que a comunicação é o produto ou o resultado das operações dos sistemas sociais. É o elemento comum de todos os sistemas sociais, de maneira que se pode representar o sistema social como um sistema de reprodução de comunicações a partir de comunicações. Para Luhmann, “tudo o que existe e pode ser designado como social está constituído, do ponto de vista de uma construção teórica fundamentada na operação, por um mesmo impulso e um mesmo tipo de acontecimento: a comunicação”. (Luhmann, 2011, p. 91)

produza uma diferença em um evento posterior. (Luhmann, 2010, p. 81) Para Luhmann o conceito é adequado porque substitui o conceito de fato, o qual não é mais necessário, uma vez que os sistemas reagem somente pela diferenças que eles mesmos distinguem: “em outras palavras, que não existem ‘fora’, senão que devem ser construídas ‘dentro’ (Bateson, ademais, entende os fatos como infinidade de diferenças possíveis, as quais os sistemas somente podem reagir estabelecendo que diferenças fazem uma diferença para eles, na determinação de seus estados). (Luhmann, 2010, p. 81)

⁷⁸ Sentido, para a teoria sistêmica, “se produz exclusivamente como sentido das operações que o utilizam, se produz, portanto, somente no momento em que as operações o determinam, nem antes nem depois. O sentido é, então, um produto das operações que o utilizam e não uma qualidade do mundo devida a uma criação, fundação ou origem.” (Luhmann, 2010, p. 27-28)

⁷⁹ O sentido é o meio que permite a criação seletiva de todas as formas sociais e psíquicas. Ele tem uma forma específica, cujos dois lados são realidade e possibilidade, ou também atualidade e potencialidade. O sentido é uma aquisição evolutiva própria dos sistemas psíquicos e sociais: permite dar forma à autorreferência e à construção da complexidade de tais sistemas, portanto, toda diferença sistema/entorno relativa a eles. (Corsi; Esposito; Baraldi, 1997, p. 146)

Assim, a sociedade é formada ou constitui-se no sistema abrangente de todas as comunicações, que se reproduz autopoieticamente, “na medida em que produz, na rede de conexão recursiva de comunicações, sempre novas (e sempre outras) comunicações” (Luhmann, 1997, p. 83)

2.2. A improbabilidade da comunicação

A teoria de sistemas revela uma questão em geral desprezada pelas demais teorias da comunicação, que dão como certa a recepção e compreensão do conteúdo da comunicação. Luhmann, ao apresentar a improbabilidade da comunicação, mostra a relação existente entre os sistemas e a improbabilidade da comunicação, a qual, se se toma como ponto de partida o problema da improbabilidade, “acede-se espontaneamente a questões que, se não corretas, são pelo menos mais profundas e que, em relação à comunicação e à sociedade, não se limitam a considerar um tema da investigação específica da comunicação, antes um tema capital da teoria social.” (Luhmann, 2006, p. 59).

A improbabilidade da comunicação decorre da concepção de que a comunicação é possível, mas, em face dos inúmeros problemas existentes e que surgem a toda hora para que ela se realize, ela é improvável. De modo que é improvável que alguém compreenda o que o outro quer dizer, em razão da individualização da sua consciência, pois “o sentido só se pode entender em função do contexto, e para cada um o contexto é, basicamente, o que a sua memória lhe faculta.” (Luhmann, 2006, p. 42)

A segunda improbabilidade se refere ao acesso dos receptores, na medida em que é improvável que a comunicação chegue a mais pessoas do que as que se encontram presentes numa dada situação. Nesse caso, o problema da improbabilidade decorre da extensão espacial e temporal, na medida em que o

sistema de interação dos indivíduos que se encontram presentes em cada caso garante a atenção suficiente para que se produza a comunicação, desintegrando-se quando se comunica de modo perceptível que não se deseja comunicar. Uma vez ultrapassados os limites deste sistema de interação, não pode impor-se (pela força) as regras que dentro dele são válidas. Mesmo quando a comunicação conta com transmissores móveis e permanentes, é improvável que possa encontrar a atenção devida, já que os indivíduos têm diferentes interesses em situações distintas. (Luhmann, 2006, p. 42-43)

A terceira improbabilidade é a da eficácia, ou seja, a relacionada com o alcance do resultado desejado pelo emissor. O fato de que uma comunicação tenha sido recebida e entendida, embora sejam pressupostos, não são *per si* a garantia de que o receptor vai aceitá-la. Para Luhmann o *resultado desejado* é entendido como o fato de que o receptor adote o conteúdo seletivo da comunicação como premissa do seu próprio comportamento, incorporando à seleção

novas seleções e elevando assim o grau de seletividade. De modo que a “aceitação como premissa do próprio comportamento pode significar atuar em virtude das diretrizes correspondentes, bem como experimentar, pensar e assimilar novos conhecimentos, supondo que uma determinada informação seja correta.” (Luhmann, 2006, p. 43)

As improbabilidades não são apenas obstáculos, mas também, e, simultaneamente, atuam como “fatores de dissuasão”, que induzem a abster-se de uma comunicação que se considera utópica. Assim, os sujeitos da comunicação “abster-se-ão de comunicar no momento em que não tenham garantias suficientes de que a sua mensagem vai chegar a outras pessoas, de que vai ser compreendida e de que vai cumprir os seus objetivos.” (Luhmann, 2006, p. 43)

Para Luhmann, sem comunicação não há como formar sistemas sociais, de maneira que as improbabilidades do processo de comunicação e a forma em que elas se superam e se transformam em probabilidades regulam a formação dos sistemas sociais. (Luhmann, 2006, p. 44) Desse modo, o processo de evolução sociocultural deve ser entendido como o processo de transformação e ampliação das possibilidades de estabelecer comunicação com êxito, graças ao qual “a sociedade cria as suas estruturas sociais; e é evidente que não se trata de um mero processo de crescimento, mas de um processo seletivo que determina que tipos de sistemas sociais são viáveis e o que terá de excluir-se devido à sua improbabilidade.” (Luhmann, 2006, p. 44)

As três formas de improbabilidade mencionadas reforçam-se reciprocamente, pois não haveria possibilidade de suprimi-las consecutivamente e convertê-las em probabilidades. (Luhmann, 2006, p. 44)

A concepção teórica do sistema de comunicação possui dois aspectos fundamentais: em primeiro lugar, a ordem surge porque, apesar de tudo, a comunicação improvável torna-se possível e normaliza-se nos sistemas sociais, e, em segundo lugar, quanto à improbabilidade da difusão, se a técnica permitir vencê-la, faz aumentar o grau de probabilidade de êxito. As transformações que se produzem no âmbito das tecnologias de comunicação colocam novas exigências à cultura, a forma em que esta tinha organizado os seus meios de persuasão fica submetida à pressão das novas pautas de plausibilidade. Desse modo, pode-se perceber no processo de evolução como o aumento das possibilidades de comunicação conduziu à formação de sistemas sociais, pelo processo de diferenciação funcional dos sistemas, como economia, política, religião, a ciência, direito, etc. (Luhmann, 2006, p. 48)

2.3. Meios de comunicação de massa

Devem ser entendidos como meios de comunicação de massa todas as instituições da sociedade que se servem de meios técnicos de reprodução para a difusão da comunicação –

“uma comunicação ocorre quando alguém vê, ouve, lê - e entende que daí se depreende uma outra comunicação, que pode seguir-se a essa.” (Luhmann, 2005, p. 19) Assim, são considerados meios de comunicação de massa principalmente livros, revistas, jornais produzidos de forma impressa, mas também processos de reprodução fotográfica ou eletrônica de qualquer tipo, na medida em que fabriquem produtos em grande quantidade a um público determinado. (Luhmann, 2005, p. 16) Luhmann, também inclui nesse conceito a difusão de comunicação pelo rádio, quando for acessível a todos (broadcasting).

De fato, na denominação “meios de massa” se condensa diversas perspectivas, as quais Luhmann procura distinguir, somente chamando de “*medium*” quando se designa um número de elementos acoplados exclusivamente de maneira “frouxa”, e que estão disponíveis para a constituição de formas:

Um *medium* nesse sentido é a “opinião pública” — sem importar se a totalidade de elementos se compreende psiquicamente como potencial de atenção espalhado de maneira difusa e que fica fixo temporalmente pela constituição de formas; ou se se trata de algo social como as contribuições ou os temas da comunicação nos quais a constituição de formas consiste no fato de ser conhecido —ou na possibilidade de dar por hipotético esse ser-conhecido. Partindo da aí deve distinguir-se a pergunta de que sistema social é o que produz e reproduz esse *medium*: se a sociedade mesma ou um sistema funcional particularmente diferenciado para ele. Só a este sistema funcional se designará com o conceito de “meios de comunicação de massas”. (Luhmann, 2007, p. 870)

O ambiente de grande liberdade de imprensa que se vive atualmente é fruto de uma longa conquista da redemocratização da sociedade brasileira, uma reação ao regime autoritário que limitava a liberdade de imprensa apenas aos seus partidários. Por essa razão a Constituição de 1988 provisionou esse direito fundamental de tantos dispositivos normativos de proteção.⁸⁰ Mais explicitamente no art. 220, § 1º (liberdade de informação propriamente dita) prevê de forma abrangente o disciplinamento da comunicação social. Assim, os programas do sistema jurídico possuem um enorme arsenal de definições jurídicas para atuar quando se tratar de questões vinculadas com a comunicação social.

Entende-se que a comunicação de massa também está abrangida pelo conceito de mídia, de modo que se chama meios de comunicação de massa como mídia e quando se tratar de grandes conglomerados de empresas de jornalismo e entretenimento será utilizada a maiúscula para diferir (Mídia). (Andrade, 2007, p. 7)

⁸⁰ “Art. 5º.(...) IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato; IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença; XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional; além disso, o inciso X dispõe protege a intimidade a vida privada, a honra e imagem.”

Para Luhmann, o código específico do sistema dos meios de comunicação é a distinção entre informação e não-informação:⁸¹ “com informação o sistema pode trabalhar. A informação é, portanto, um valor positivo, um valor de designação, com o qual o sistema descreve as possibilidades de seu próprio operar. Mas, para se ter a liberdade de poder ver algo como informação ou não, é preciso também haver a possibilidade de se tomar algo como não-informativo.” (Luhmann, 2005, p. 39).⁸² Das premissas existentes nesse sistema talvez a mais importante seja a de que é necessário que algo seja novo ou excepcional para que mereça ser comunicado, mesmo a repetição de esportes, acidentes, comunicados do governo, criminalidade, etc.

Um dos aspectos mais relevantes dessa concepção teórica quanto à comunicação diz respeito à realidade, ou a forma com que ela é concebida. Para Luhmann, a realidade pode ser entendida a partir das suas próprias operações (observações) que podem consistir na impressão, difusão, leitura, no assistir (um espetáculo ou julgamento, etc.). Pode também ser concebida como a realidade construída pelos meios de comunicação de massa como aquilo que para eles é a realidade e que por meio deles aparece como realidade para os outros. Esta construção social da realidade se dá inequivocamente na forma de notícias, cuja operação básica, ou mais importante, ocorre pelos critérios de novidade e interesse.

Possivelmente, os dois modos de conceber a realidade dos meios de comunicação possuem sentidos complementares, não se pode conceber um sem o outro: as operações básicas do sistema (impressão, leitura, difusão e assistir) necessitam da construção da ilusão transcendental, no sentido kantiano. (Luhmann, 2005, p. 20).

Os meios de comunicação de massa necessitam de algo que mantenha os acoplamentos estruturais com outros sistemas sociais, e esses acoplamentos são realizados pelos temas – que representam a heterorreferência da comunicação e organizam a memória da comunicação. (Luhmann, 2005, p. 30) Por serem elásticos e diversificados atingem as várias partes da sociedade, um alcance muito maior do que, por exemplo, os subsistemas sociais da política, da economia, do direito, etc., os quais têm muito trabalho para oferecer seus temas para os meios de comunicação e conseguir que esses temas sejam pautados por essas organizações.

⁸¹ Poderia ser também informativo e não informativo, como entende Marcondes Filho em nota como tradutor à página 39 de (Luhmann, 2005). A partir da investigação de Ignacio Ramonet, citando Ryszard Kapuscinski, a mudança quanto à (des)confiança dos cidadãos em relação à mídia, é possível também entender como código ser interessante ou não interessante: “outrora a veracidade de uma notícia representava seu maior valor. Nos dias de hoje, o redator-chefe ou o diretor de um jornal não perguntam mais se uma informação é verdadeira, mas se ela é interessante.” (Ramonet, 2001, p. 25)

⁸² Segundo Luhmann, o “código do sistema consiste, por conseguinte, na diferença referida cada vez ao momento de informação/não-informação, que em seu processamento temporal faz que todo o já conhecido se converta em não-informação.” (Luhmann, 2007, p. 874)

Talvez essa seja a razão fundamental que fez surgir as Tevês Senado, Câmara e Justiça. Essas organizações perceberam que poderiam criar organizações internas com a função específica de veicular prioritariamente os seus próprios temas, e também com a possibilidade de abertura a participação das pessoas (sistemas psíquicos) – servindo então de abertura cognitiva do sistema social respectivo, embora não sejam os únicos, como se pode reconhecer em órgãos como a “Central do Cidadão” do STF,⁸³ ou mesmo as “Audiências Públicas” convocadas para participação de entidades da sociedade civil interessadas em ser ouvidas pelo STF em processos – controle difuso ou concentrado – sobre temas dos seus próprios interesses.⁸⁴

Com a criação desses novos meios de difusão, com suas dinâmicas próprias, imunes às pressões do mercado, mas sujeitos aos seus próprios padrões informativos, foram resolvidos problemas relacionados com as informações disponibilizadas de forma apropriada para os outros sistemas sociais, entretanto eles fizeram nascer novos problemas, um deles, abordados nesta pesquisa, diz respeito ao efeito não intencional de transformar as próprias observações Jurídico-Penais em entretenimento, sob a forma de espetáculo.

Uma característica importante dos meios de comunicação de massa é que eles mantêm a sociedade “desperta”, ou seja, eles produzem uma disposição continuamente renovada para que esta esteja preparada para surpresas, mesmo para os distúrbios. Causam, assim, uma inquietude sistêmica e ajustam-se à dinâmica própria acelerada de outros sistemas funcionais, como a política, a economia, o direito, a ciência, que confrontam continuamente a sociedade com novos problemas (Luhmann, 2005, p. 48).

O sistema de comunicação se diferencia, internamente, de acordo com as distintas áreas de programação: em notícias e reportagens, em publicidade e em entretenimento, (Luhmann, 2005, p. 51) as quais serão descritas sucintamente a seguir:

As **notícias e reportagens**⁸⁵ é das áreas de programação a que o caráter de processamento de informações mais é identificado, (Luhmann, 2005, p. 53) em comparação com

⁸³ “mesmo aqui deve-se notar, por precaução, que isso não exclui, de forma alguma as comunicações sociais de tipo oral, escrito, por carta, por telefone, assim como a responsabilidade organizada, o compromisso legal etc. os políticos são convidados individualmente para *talk shows*. Mas o decisivo é isto: tais contatos não se realizam na forma específica como funcionam os meios de comunicação.” (Luhmann, 2005, p. 37)

⁸⁴ Previstas nas leis que tratam das ações diretas de inconstitucionalidade/declaratórias de constitucionalidade e arguições de descumprimento de preceito fundamental (Leis 9.868/99, art. 9º, § 1º; e 9.882/99 – art. 6º, § 1º) estão previstas no RISTF (arts. 13, XVII, 21, XVII e art. 154, parágrafo único) atribuindo ao Presidente ou ao Relator “convocar audiência pública para ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade em determinada matéria, sempre que entender necessário o esclarecimento de questões ou circunstâncias de fato, com repercussão geral e de interesse público relevante”.

⁸⁵ “O espaço da programação atribuído às notícias e reportagens é o que mais facilmente se reconhece como sendo de elaboração e processamento de informações. Nesse espaço os meios de comunicação divulgam a ignorância na forma de fatos que precisam ser continuamente renovados e para que ela não seja notada. Estamos acostumados às notícias diariamente, mas, apesar disso, devemos estar conscientes de que é muito improvável que tal pressuposto

a publicidade e o entretenimento. Provavelmente em decorrência do caráter investigativo das reportagens, e que se supõe tenham sido bem pesquisadas, ou pelo menos suficientemente pesquisadas (Luhmann, 2005, p. 55).

A busca dos fatos, do esclarecimento dos fatos – entendida como “verdade dos fatos”, que não se confunde com o código verdade não verdade, que é próprio do sistema da ciência – pode induzir a acreditar que se trate de uma instituição voltada para a revelação da verdade, quando na realidade a verdade é apenas um aspecto e nem mesmo é o principal, pois o que vale é se “é interessante” – potencialmente de interesse para o maior número de pessoas (Ramonet, 2001, p. 25).

Luhmann, todavia, se baseia em pesquisas empíricas que revelaram alguns critérios de seleção de temas para veiculação de forma difusa pelos meios de comunicação de massa, e que são resumidamente os seguintes: (Luhmann, 2005, p. 57)

- imediatismo (surpresa) e orientação no sentido do acontecimento, no sentido de que ela tem que ser nova, tem que quebrar as expectativas existentes. Repetições de notícias são indesejadas, as exceções são “desculpáveis”;
- drama e conflito – os preferidos, pois têm a “vantagem” de jogar com uma incerteza que os próprios meios de comunicação produzem;
- quantidade, pois são sempre informativas, porque qualquer número determinado não é nada daquilo que é mencionado – ele não é maior nem menor;
- interesse ou relevância local, possivelmente porque a informação ganha um aspecto de adição, como uma informação detalhada a se somar às informações existentes;
- transgressões à norma, não apenas do Direito, mas principalmente as transgressões morais que assumem o caráter de escândalos - julgamentos morais, e culpados;
- atualidade porque essas organizações (redações) trabalham com coisas atuais, com atualidades pela atratividade do novo em relação àqueles fatos já noticiados;
- manifestação de opiniões de pessoas influentes ou de posições do governo, da política, do judiciário sobre determinado assunto é considerada relevante.⁸⁶

irá evoluir. De fato, se associamos às notícias as noções do impressionante, do novo, do interessante, do digno de ser comunicado, é muito mais natural que não se noticie diariamente no mesmo formato, mas se espere que algo ocorra para então ser divulgado.” (Luhmann, 2005, p. 53)

⁸⁶ Essa enumeração não é exaustiva (*numerus clausus*), Luhmann indica outros critérios, ou seja, outras seleções como: “negatividade, pois notícias ruins contêm geralmente dramas e conflitos. Esses seletos se juntam aos de

Esses critérios de seleção se aplicam tanto às notícias, quanto às reportagens, as quais podem se iniciar como notícias, mas em seguida aprofundam o tema por necessitar de maiores esclarecimentos, complementando assim as notícias. (Luhmann, 2005, p. 69-70).

Para Luhmann, a **publicidade** tenta manipular, na utilização dos “meios psicológicos intervenientes de forma mais complexa, que lidam com a tendência crítica da esfera cognitiva” (Luhmann, 2005, p. 83) dos indivíduos. Desse modo, ao contrário das notícias e reportagens, ela não esconde a manipulação de dados e informações da realidade, não há nenhuma intenção em esconder suas intenções (embora esconda os meios) e mesmo as ferramentas sofisticadas de que se utiliza, para induzir o consumidor a adquirir o produto que é objeto da propaganda. (Luhmann, 2005, p. 83-84)

A publicidade não se insere no escopo específico da nossa pesquisa, porque a organização do subsistema social STF e os meios de difusão existentes no seu interior, como é o caso da Rádio e TJ Justiça não se sujeitam às condições do mercado, não possuem “fins lucrativos”. Possuem outra lógica na qual a publicidade não possui as mesmas características. Quando muito, as televisões públicas fazem uma espécie de autopublicidade institucional de si mesmas, da organização social a que estão vinculadas, ou do subsistema social a que pertencem – sempre na perspectiva de informar o funcionamento interno, dos processos de decisão e a forma que se revestem – fato que as faz se aproximar dos meios de comunicação de massa privados, mas se diferenciam radicalmente quanto aos objetivos.

O **entretenimento**, como uma das programações dos meios de comunicação, está relacionado com o lazer, com a possibilidade de ocupar o tempo supérfluo. Para abordá-lo Luhmann utiliza a teoria geral do jogo, na medida em que possui também as características de duplicação da realidade e delimitação do tempo (Luhmann, 2005, p. 93).

Nesse sentido, é enriquecedor notar a transformação de uma notícia em um entretenimento, basta lembrar que a reprise de um julgamento, ou os melhores momentos de um jogo esportivo, é assistida como entretenimento, no pressuposto de que o espectador já saiba do resultado ou já tenha assistido ao noticiário. A repetição do programa de notícias, como reprise, se transforma em entretenimento, na medida em que ele perde as características de notícia – novidade, informativo, etc. -, e adquire aquelas do entretenimento.

No entretenimento a realidade é fictícia, produzida, mas que absorve características do mundo real, possui elementos do mundo real – é o caso do carro que voa, da vaca que fala, etc. -,

e nós a distinguimos como tal por um processo evolutivo – para Luhmann, com o surgimento do teatro com cenário, no séc. XVI – de maneira que fomos aperfeiçoando esse olhar diferenciador em razão dos diversos tipos de histórias de ficção. (Luhmann, 2005, p. 98) A própria escolha da história a ser contada como entretenimento foi feita exatamente pelo seu potencial de entreter, e, ao selecionar essa história e não outras, diferenciou funcionalmente as histórias que fazem parte do tema a ser contado como informação e as histórias excluídas, as quais são nesse caso não-informação.

Isso tudo dentro do seu próprio tempo, delimitado conforme foi estipulado pelo autor na duração da trama. De maneira que possam ser observados o seu início e o seu fim, de um jeito que não ocorre na realidade, por essa razão os telespectadores conseguem separar o tempo de entretenimento daquele que ele mesmo possui.

Outro fator ou característica a diferenciar entretenimento e notícia é que no entretenimento devem-se esconder os meios de sua produção, porque revelaria de antemão o caráter ficcional do episódio, como o dinossauro que se revele como um boneco, o *cameraman* filmando a cena (Luhmann, 2005, p. 101) a menos que esta forma seja um recurso para caricaturar o tema.⁸⁷ Além disso, tem também o efeito de causar um reconforto no telespectador em razão do confronto da própria situação com a aquela que está assistindo, por que de certa forma faz reviver situações que ele já viveu ou que presenciou, reforça, portanto, o conhecimento do telespectador, das suas experiências, como acontecia outrora nos relatos dos mitos. Para Luhmann, o entretenimento “reimpregna aquilo que as pessoas de qualquer forma já são, e, como sempre, também aqui os trabalhos de memória estão associados a oportunidades de aprendizado.” (Luhmann, 2005, p. 103-104)

É muito interessante notar a análise de Luhmann quanto ao telespectador que seria um terceiro excluído do programa, mas que é convidado a aplicar a si mesmo o que ele está assistindo – “Os telespectadores, enquanto terceiros excluídos, são incluídos – como ‘parasitas’ – no sentido de Michel Serres.” Desenvolvendo essa ideia diz que “isso significa, continuando, que os próprios meios de comunicação são parasitas de segunda ordem, parasitas que parasitam

⁸⁷ Mas não apenas caricaturar o tema. É de ser lembrado o *efeito V* – efeito de distanciamento - (*Verfremdungseffekt* – efeito de estranheza, alienação) elaborado, teoricamente, por Bertolt Brecht, no qual o objetivo é deixar evidente ao espectador ou auditório que se está diante de uma representação teatral, de uma ilusão, um *mise en scene*, “mercê do qual o espectador, começando a estranhar tantas coisas que pelo hábito se lhe afiguram familiares e por isso naturais e imutáveis, se convence da necessidade da intervenção transformadora.” (Rosenfeld, 1985, p. 151) A pintura de René Magritte «La trahison des images» pode, também, ilustrar essa ideia, ou seja, a imagem realista é acompanhada pela inscrição «Ceci n'est pas une pipe», na medida em que desafia ou subverte a convenção linguística de identificar a imagem do objeto com ele mesmo, a representação da coisa com a coisa em si.

o parasitar de seus telespectadores.” (Luhmann, 2005, p. 106) Essa substituição poderia ser caracterizada como mecanismo de substituição sacrificial.

Outro aspecto que ressalta dessa análise é a existência de uma vitrine, na qual são expostos os personagens, suas roupas, seu cabelo, modo de falar (com sotaque de alguma região específica) trejeitos, o andar, a elegância ou falta dela, tudo a constituir um pequeno universo posto à disposição do telespectador.

Ao analisar esses diferentes tipos de programação dos meios de comunicação de massa, pela codificação binária característica do sistema de comunicação “informação / não informação”, fica evidente a diversidade do uso desse código. A notícia e as reportagens a utilizam para fornecer conhecimento dos fatos; a propaganda no sentido da sedução do olhar para o consumo; e o entretenimento sob a forma de cultura e arte para a diversão. Cada um a seu modo vai fornecer informações de acordo com o seu prisma, juntos formam o que se sabe sobre a sociedade e o mundo que habitamos. Eis, aí, aliás, porque Luhmann afirma que aquilo que sabemos sobre nossa sociedade, ou mesmo sobre o mundo no qual vivemos, nós sabemos pelos meios de comunicação. (Luhmann, 2005, p. 15) Aquilo que sabemos ou conhecemos sobre a sociedade, então, é construído por meio de autodescrições, produzidas pela própria sociedade. (De Giorgi, 2011, p. 11)

De fato, conforme vão sendo veiculadas essas informações, uma reportagem, uma propaganda ou um programa de humor, por exemplo, elas repercutem, os telespectadores discutem, reelaboram essas informações e modificam a memória do sistema social – memória no sentido de que “cada comunicação se poder tomar como conhecidas algumas suposições determinadas sobre a realidade, sem precisar introduzi-las ou justificá-las expressamente. A memória colabora em todas as operações do sistema social, quer dizer, em todas as comunicações.” (Luhmann, 2005, p. 114)

É claro que essas diferenças não descaracterizam sua unidade, enquanto pertencentes a um mesmo meio de comunicação de massa, como produtos culturais, e isso fica evidente quando se analisa os acoplamentos estruturais existentes entre os diversos subsistemas sociais:

- a propaganda com a economia - na venda de espaços publicitários, os quais dinamizam o consumo; com o direito – nas irritações provocadas pelo que se entende por propaganda enganosa;

- a notícia e reportagens – com a política, em face das construções e desconstruções das reputações; com o direito, na investigação e esclarecimento de fatos, inclusive do próprio direito (dos membros ou da própria organização jurídica a que eles pertencem, como se verá);

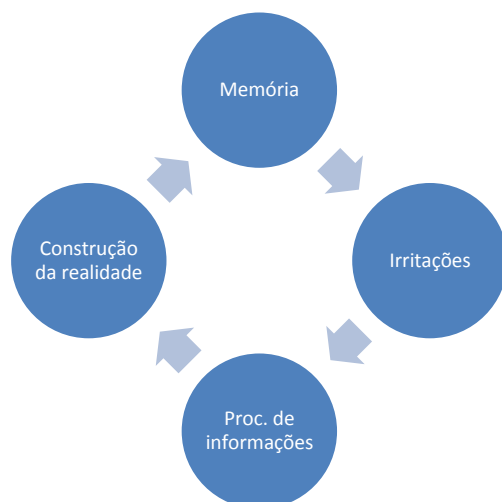
- o entretenimento – com a arte, em razão das irritações do que se entende por verdadeira arte, em contraposição à arte trivial, atribuída ao entretenimento, mas também com o direito, por exemplo, ao assistir uma sessão de julgamento.

E quando um determinado tema é veiculado ininterruptamente, ocorre uma espécie de autoprodução recursiva de notícias, ou seja, as informações posteriores continuam a fazer referência ao acontecimento indicado inicialmente. (Luhmann, 2005a, p. 19) De modo que o sistema produz continuamente informações com base em informações “à medida que produz contextos de reportagens nos quais novidades há muito tempo abandonadas e esquecidas ganham novamente valor informativo.” (Luhmann, 2005a, p. 70)

É de se perguntar então quais são as causas dessa reiteração e em que situações ela é utilizada? Para Luhmann, “o mais evidente é considerar aqui, em primeiro lugar, as intenções de desacreditar pessoas – destruir pessoas publicando mais uma vez sua história, mas também, por exemplo, para demonstrar a inércia das instituições públicas, que jamais reagiram a fatos há muito conhecidos.” (Luhmann, 2005a, p. 70-71)

O fato relevante é que se pode construir uma curva recursiva da comunicação, baseado no número de veiculações de determinada notícia ou tema, abstraindo-se das causas das reiterações das reportagens, no caso desta pesquisa o Escândalo Político Midiático do “Mensalão”. (Luhmann, 2005, p. 19)

Nessa produção constante de irritações sistêmicas – sob a forma de informações - surgem as descrições do mundo e da sociedade, pelas quais se orienta a sociedade moderna dentro e fora do sistema de seus meios de comunicação. Haveria nessa afirmação de Luhmann o reconhecimento de um circuito de inter-relações entre memória, irritações, processamento de informações, construção de realidade e memória. (Luhmann, 2005a, p. 160) A figura abaixo tenta expressar essa construção:



Essa resumida análise revela a função dos meios de comunicação de massa, que é a de possibilitar uma auto-observação do sistema social, na medida em que proporciona uma constante observação sobre observadores – na produção ininterrupta de informações (que são irritações) veiculadas sob as diversas formas de programação – inclusive da própria observação que realiza. (Luhmann, 2005a, p. 159). Não se trata, portanto, de uma função de integração social, na medida em que poderia aumentar o conhecimento, a socialização ou a educação (Luhmann, 2005a, p. 159), mas de uma construção da realidade promovida pela sociedade, pois acaba por reatualizar seus horizontes cognitivos.

Outra interessante função dos meios de comunicação de massa identificada por Luhmann é a de representação da “esfera pública” – concebida como “a reflexão sobre cada fronteira sistêmica interna à sociedade.” (Luhmann, 2005a, p. 168) O mercado seria assim o ambiente interno do sistema econômico, das organizações e interações econômicas, a opinião pública seria o ambiente interno do sistema político das organizações e das interações políticas. (Luhmann, 2005a, p. 169) Esfera pública é, assim, um “*medium* social geral de reflexão que registra a intransponibilidade das fronteiras e, inspirado nisso, o observar das observações.” (Luhmann, 2005a, p. 170)

3. Subsistema social do Direito

Nesta pesquisa chama-se indistintamente de subsistema social do direito, jurídico, ou de justiça a abranger as organizações dos Tribunais, Ministério Público, Advogados, Polícia, etc., não necessariamente pertencentes a uma mesma estrutura organizacional. Assim, para a teoria dos sistemas autopoieticos o sistema jurídico é compreendido como um observador de uma realidade própria, a partir do seu código (legal/ilegal ou direito/não direito) dentro, portanto, dos seus limites.

O sistema jurídico, segundo a teoria dos sistemas autopoieticos, é operacionalmente fechado e cognitivamente aberto, ou seja, ele é fechado em relação às próprias operações que

realiza internamente, mas é aberto em relação ao seu entorno, às diversas interações que está sujeito, resultando, assim, que os sistemas têm condições de aprender. (Monteagudo, 2007, p. XXXII) (Campilongo, 2012, p. 42)

A primeira grande diferença em relação a outras abordagens teóricas possivelmente esteja no aspecto metodológico do enfoque sistêmico. O julgamento criminal e os escândalos políticos midiáticos são observados como fenômenos comunicacionais. Comunicação é o que caracteriza a sociedade, ou melhor, é sua operação fundamental.⁸⁸

E essa realidade não é resultado da percepção individual dos atores que estão envolvidos nas operações do seu funcionamento, nem mesmo compreendidos como um artefato cultural, produto da ação de indivíduos – os quais reproduziriam a “lógica do sistema”. O sistema jurídico constrói sua própria realidade através de suas operações jurídicas, e

os atores humanos, no dizer de Gunther Teubner, são, para o sistema, artefatos semânticos,⁸⁹ ou seja, possuem um valor significativo, mas sem que diretamente sejam responsáveis pela realidade do sistema. Os sistemas sociais apresentam-se como sujeitos epistêmicos autônomos, pois possuem a capacidade de se autoproduzir, de se auto-observar e de se autodescrever, tornam-se autopoieticos. (Lopes Jr., 2004, p. 2)

Dois pressupostos básicos apontados por Luhmann para compreensão do sistema social do direito são: a teoria da diferenciação de sistemas, que inspirada na teoria geral de sistemas, concebe a diferenciação como o estabelecimento de conexões entre sistema / ambiente no centro do sistema; e o pressuposto de que a diferenciação só é possível através do fechamento autorreferencial dos sistemas que se estão diferenciando. Sem esse fechamento, os sistemas não teriam como distinguir suas próprias operações com as operações de seu ambiente. (Luhmann, 2005a, p. 72)

Segundo a teoria dos sistemas autopoieticos, a função do sistema do direito é a de fazer com que as expectativas normativas permaneçam estáveis independentemente de sua eventual violação (Corsi; Esposito; Baraldi, 1997, p. 54). Assegurar essas expectativas cristalizadas nas normas jurídicas, as quais não podem ser modificadas por atos dos indivíduos, seria, para Luhmann, a “estabilização contrafática de expectativas de comportamento, de modo que as

⁸⁸ “En primer lugar se debe decir que la comunicación es la única operación estrictamente social porque es el único fenómeno que permite el establecimiento de una relación social entre los individuos.” (Monteagudo, 2007, p. XXX) también: “¿cuál es la operación de este sistema, que, al efectuarse, lo produce y lo reproduce? La respuesta la tendremos en el capítulo dos y será la comunicación. Esta relación hay que pensarla de manera circular: la sociedad no puede pensarse sin comunicación, pero tampoco la comunicación sin sociedad. (...) Todas las formaciones de sistemas en la sociedad se dirigen a la comunicación; de otro modo no podría afirmarse que acontecen en la sociedad.” (Luhmann, 2007, p. 3)

⁸⁹ “Ce ne sont pas les individus humains qui produisent, par leurs actions intentionnelles, le droit comme artefact culturel. C'est au contraire le droit comme processus communicationnel qui produit, par ses opérations juridiques, les acteurs humains comme artefacts sémantiques.” (Teubner, 1992, p. 1150)

normas jurídicas seriam ‘expectativas de comportamento contrafaticamente estabilizadas.’ (Garcia Amado, 2004, p. 333)⁹⁰

As expectativas normativas são, então, expectativas contra fáticas: não se amoldam às eventuais violações, senão persistem. O qual quase não é possível sem a perspectiva de apoio em caso de conflito. Sem embargo, este enlace da normatividade das expectativas a perspectivas de apoio limita muito estreitamente a especificação das expectativas e, com ela, a formação do direito. (Luhmann, 2007, p. 506)

Existe comunicação do sistema jurídico toda vez que, em caso de controvérsias, alguém reivindica o seu direito e, segundo os programas desse subsistema (normatividade vigente) deve ser decidido quem possui e quem não possui a razão. Portanto, o direito é um subsistema social que resolve conflitos e conjuntamente – como o sistema da ciência – pode gerar outros.

Os programas que permitem ao código do direito ser operativo são as normas e os procedimentos, que são programas condicionais e não de finalidade, ou seja, as normas permitem situar os valores do código legal/ilegal segundo os casos que se apresentem, como programas, têm a forma de “se – então” (*if – them*) e não estão estabelecidas com vista ao alcance de uma finalidade.

Os programas do subsistema social do direito antecipam as condições que devem satisfazer-se no caso de acontecer uma situação específica de controvérsia e nesta sua abertura ao futuro garantem a ele certa capacidade cognitiva: a programação do tipo condicional permite distinguir claramente entre autorreferência (concessão das condições formais de relevância jurídica) e heterorreferência (argumentações substanciais no caso de interesses ofendidos) e, portanto, também entre o que é relevante juridicamente e o que não é. Os programas de objetivos (finalísticos) não permitem uma separação deste gênero, porque que estão demasiadamente ligados aos casos específicos. O direito, assim, combina normatividade e conhecimento de tal maneira que garante tanto a estabilidade própria (as normas continuam vigentes ainda que se tornem inúteis), assim como a própria capacidade de aprender - em caso de controvérsias de um novo tipo podem elaborar-se novas normas. (Corsi; Esposito; Baraldi, 1997, p. 54-55)

⁹⁰ No mesmo sentido, os “sistemas sociales como el derecho estructuran su función sobre la base de la dimensión temporal del sentido ya que sólo ahí es posible estabilizar expectativas.” (Luhmann, 2007, p. XXXVII) Para Celso Fernandes Campilongo o Direito realiza a “generalização congruente de expectativas normativas”. (Campilongo, 2011a, p. 19) Assim, “o direito se especializa na produção de um tipo peculiar de comunicação que procura garantir expectativas de comportamento assentadas em normas jurídicas.” (Campilongo, 2011, p. 160) muito embora seja incapaz de eliminar a insegurança ou de garantir que determinados comportamentos sejam realizados: “Não está ao alcance do discurso jurídico erradicar a insegurança ou garantir condutas.” (Campilongo, 2011, p. 160)

Destarte, o direito possui uma evolução própria, já que sua variação evolutiva se dá quando um comportamento tido como violador demonstra ser uma decepção pela frustração de expectativas. Naturalmente isto acontece unicamente se aquele comportamento se põe em discussão e gera um conflito, pois somente se os conflitos se comunicam é que se pode lograr diferenciar um observador que distingue entre quem está com o direito e quem não está. De maneira que o sistema jurídico é um sistema funcionalmente diferenciado dentro da sociedade. Assim ele está sempre ocupado na execução da autorreprodução (autopoiesis) tanto do sistema social geral como de si mesmo. (Luhmann, 2005a, p. 72)

Claro que, como todo sistema autopoietico – aquele que produz e reproduz seus próprios elementos mediante interação de seus elementos -, o sistema jurídico⁹¹ depende em grande medida do seu entorno, muito embora seja um sistema fechado, no sentido de ser completamente autônomo em relação às suas operações internas: “só o Direito pode determinar o que é legal ou ilegal, e, ao decidir, esta questão deve referir-se sempre aos resultados de suas próprias operações e as consequências que têm para as futuras operações do sistema. Em cada uma de suas operações o direito tem que reproduzir sua própria capacidade operativa, alcançando sua estabilidade estrutural através da recursividade.” (Luhmann, 2005a, p. 72-73)

Essa diferenciação do Direito significa que somente ele realiza um tipo particular de comunicação, cuja função é a de garantir as expectativas de comportamentos segundo normas jurídicas. Essas expectativas normativas são capazes de manterem-se a si mesmas em situação de conflito, como nenhum outro sistema pode fazer, do contrário não se poderia falar de sistema do Direito, enquanto sistema autônomo e autopoietico. De modo que, segundo este ponto de vista, a normatividade da sociedade não é outra coisa do que a estabilidade contrafática. (Luhmann, 2005a, p. 73)

O código binário necessário para operacionalizar as referidas operações – expectativas normativas – é apontado como a justiça (valor positivo) e injustiça (valor negativo) que também poderia ser entendido como legal, valor positivo, e ilegal como valor negativo. Esse código binário dota o sistema jurídico de sua própria contingência, a qual está internamente constituída – tudo que entrar no sistema jurídico terá necessariamente a conformação desse código binário: ou será legal ou ilegal, numa sucessividade de operações. Por essa razão a codificação binária é condição para a abertura e o fechamento do sistema jurídico, de modo que o

⁹¹ “O direito constitui-se num sistema autopoietico de segundo grau, autonomizando-se em face da sociedade, enquanto sistema autopoietico de primeiro grau, graças à constituição auto-referencial dos seus próprios componentes sistêmicos e à articulação desses num hiperciclo.” (Teubner, 1989, p. 53)

O valor negativo se aplica quando um assunto infringe as normas do sistema. Aquele que acabamos de chamar “assunto” é construído pelo próprio sistema. O sistema não reconhece nenhuma instância externa que pudera ditar-lhe o que é um “assunto”, se bem que este termo pode designar situações tanto internas ao sistema como externas a ele. (Luhmann, 2005a, p. 236)⁹²

Evidentemente, o sistema jurídico pode ser observado desde uma perspectiva externa, como se dá nas notícias da imprensa. Aliás, cada sistema funcionalmente diferenciado é, simultaneamente, sistema e ambiente, a depender do observador. Internamente, ele é sistema, mas, para os demais sistemas que formam seu ambiente, ele é também ambiente. Em um ambiente complexo não se pode realizar as operações de maneira rígida, por isso o sistema “se abre” a irritações que alteram a sua prática habitual. É o caso das perturbações que o sistema político provoca no sistema jurídico e que pode ser aceita e, assim, ser processada ou não dentro dos processos autopoieticos que caracterizam o sistema jurídico. O que significa, na prática, uma espécie de filtro do sistema jurídico – um *firewall*, que irá processar essas irritações na sua autopoiesis. (Luhmann, 2005a, p. 76)

A análise do nível dos programas (normas jurídicas) - os quais amenizam a rigidez da codificação do sistema do Direito, “dão flexibilidade e amplitude nos pontos de vista da auto-observação do sistema” (Viana, 2014, p. 136) - os fatores do ambiente podem viabilizar a abertura cognitiva do sistema, de maneira que a abertura cognitiva vai depender do fechamento normativo (operacional) do sistema. (Luhmann, 2005a, p. 135-136)

Os programas condicionais representam a maneira típica de combinação de fechamento normativo e abertura cognitiva. (Luhmann, 2005a, p. 140). As normas jurídicas podem ser concebidas como um rol de expectativas⁹³ simbolicamente generalizadas. (Luhmann, 2005a, p. 186-187).

Destarte, a positividade do direito pode ser analisada através das lentes teórico sistêmicas, para ser compreendida como um quadro de comunicações marcado pelo contexto de complexidade e contingência crescentes da sociedade moderna. Diante da constatação da insuficiência teórica ao redor da noção de direito positivo, tanto por parte do positivismo jurídico, quanto por parte da sociologia clássica e da teoria política, Luhmann propõe a colocação do problema em termos de abertura cognitiva e de fechamento operacional do sistema

⁹² Permite ainda “identificar se uma comunicação pertence ao sistema jurídico e, simultaneamente, distinguir o sistema do seu ambiente. A autopoiesis do sistema jurídico é organizada pelo seu código.” (Campilongo, 2011, p. 99).

⁹³ “As expectativas normativas haurem seu sentido do conceito de norma. Nas palavras do próprio Luhmann (1987A: 43) normas ‘são, portanto, expectativas de comportamento contrafaticamente estabilizadas.’ (Viana, 2011, p. 134)

jurídico. Por meio desses acoplamentos, um contínuo influxo de desordem pode ser oferecido ao sistema jurídico, que irá, em função disso, manter-se ou modificar-se. (Campilongo, 2011, p. 95-96)

O conceito de Constituição, segundo Luhmann, é uma reação à diferenciação entre direito e política. Ela seria o meio institucional para o acoplamento estrutural entre esses dois subsistemas sociais, produto da evolução da sociedade moderna, a partir da criação da Constituição norte-americana, no século XVIII, meio pelo qual é realizado o acoplamento estrutural entre os sistemas jurídico e político (Luhmann, 2005a, p. 540) que vai permitir a clausura operacional recíproca desses sistemas.

Dessa forma, exceto a própria Constituição, qualquer lei pode estar ou não em conformidade com o código binário do direito – direito / não direito. De modo que todas as normas (inclusive as emendas constitucionais - poder de revisão) estão sob a contingência, pelas diversas possibilidades de derrogação ou revogação pelo sistema político como também pela possibilidade de não estarem conforme ao próprio direito.

A totalidade das premissas que atuam na sociedade como estruturas não pode ser reduzida a expectativas normativas, e muito menos ao direito propriamente dito. Nem o princípio da diferenciação, nem as noções valorativas orientadoras de uma sociedade (nem mesmo o valor da justiça), nem as muitas auto-evidências, nem as estruturas de expectativas cognitivamente diferenciadas, costumam ser codificadas juridicamente no sentido positivo e técnico. A sociedade não pode ser reconstruída apenas a partir de sua constituição jurídica. O direito é apenas um momento estrutural entre outros. Por isso uma compreensão adequada do caráter social do direito não pode ser alcançada apenas pela exegese e pela interpretação, e também não se esgota na busca de sua imposição. Mais que isso, a sociologia do direito deve começar indagando quanto à compatibilidade estrutural do direito. (Luhmann, 1985, p. 120-121)

Nesse processo de diferenciação funcional, as organizações do sistema jurídico – sistemas sociais diferenciados internamente, compostos por decisões – vinculam-se aos respectivos códigos, direito/não direito. Entretanto, esses códigos não são suficientes para delimitar os limites de sua atuação. Por essa razão, são necessárias as premissas decisórias – conjunto de distinções binárias -, e a cultura organizacional - definida por Darío Rodríguez, num esforço de elaborar uma definição coerente com a teoria sistêmica de Niklas Luhmann,⁹⁴ como o conjunto de premissas básicas sobre as quais se constrói o decidir organizacional.⁹⁵ As

⁹⁴ Já que para ele o ponto de partida é a afirmação da diferença, em lugar de fazê-lo a partir da afirmação da identidade, como seria uma postura culturalista.

⁹⁵ E que “estas no son fáciles de cambiar intencionalmente, como tampoco se tiene conciencia de su cambio en el tiempo. La cultura organizacional constituye una explicación que se da del estar de la organización en el mundo,

premissas decisórias caracterizam a forma de comunicação das organizações contemporâneas. (Machado, 2014a, p. 82-83)

É impossível entender inteiramente o sistema organizacional do STF sem se proceder a uma desconstrução da observação realizada por seus membros. O que equivale a considerá-los como sistemas psíquicos que interagem num espaço público no qual produzem uma decisão – observação – conjunta, não necessariamente unânime, produto esse de uma constante interação das mentes e personalidades, de precedentes jurisprudenciais (memória da organização) de outras premissas decisórias⁹⁶ relevantes, como aqueles decorrentes da cultura organizacional. Em razão da dificuldade de se mudar uma cultura organizacional, Luhmann a identificou como complexo de premissas de decisões “indecidíveis” (Luhmann, 2010, p. 281).

O processo decisório, então, pode ser caracterizado pelas operações de absorção de incertezas, o que significa que o tomador de decisões evita a incerteza e segue as regras padronizadas da organização para tomar suas próprias decisões; essas regras serão mantidas inalteradas até que sob pressão ou crise (irritações sistêmicas) sejam forçadas a serem alteradas; quando o ambiente é alterado subitamente e novas situações afloram ao processo decisório, a organização é lenta no ajustamento. (Luhmann, 2010, p. 226-227)

Nesse sentido, o STF ocupa a função central dentro do sistema jurídico. Trata-se de organização especial, ou como Luhmann denomina: extravagante, porque considera que nelas o problema do acoplamento estrutural se expressa de maneira concentrada. (Luhmann, 2010, p. 457)

Claro que Luhmann se refere aos tribunais constitucionais e bancos centrais europeus e norte-americanos, e nesse caso as descrições realizadas por ele devem ser relativizadas em relação ao Brasil, pois embora o STF produza de fato a maior parte das suas decisões no controle da constitucionalidade das leis, exercendo o papel que a Constituição lhe outorgou no art. 102, *caput*, essa organização também exerce a função de Corte penal e de cassação (Tribunal Supremo), quando julga ações penais, inquéritos criminais, habeas corpus e extradições - art. 102, I, “b”, “c”, “d” e “g”, ou quando julga recursos ordinários advindo das Cortes Superiores -

cambiando solo si varía el devenir de esta en el mundo.” (Rodrigues D., 2001, p. 267)

⁹⁶ Um conceito muito amplo de premissa decisória de uma organização autopoietica inclui tudo o que é assumido como dado em uma decisão. Para Luhmann, não obstante, isto tornaria supérfluo o conceito, por isso ele deveria ser delimitado, para os fins da teoria da decisão, “fazendo que unicamente decisões valessem como premissas de decisão. Então o conceito coincidiria com o de absorção de incerteza e abarcaria todas as decisões precedentes, incluindo as mais concretas - por exemplo, a que uma tarefa que há sido ordenada, seja executada ou um assunto terminado se insira ‘nas atas’. Entendidas desta forma, as premissas decisórias são o resultado da incerteza absorvida, ou, dito de outro modo, a forma na qual a organização se recorda a si mesma na absorção de incerteza.” (Luhmann, 2010, p. 262)

art. 102, II. De igual modo, deve-se considerar na análise do Banco Central do Brasil o fato de que ele não possui a autonomia plena como aqueles dos países do capitalismo central.

Ainda assim, a análise nos ajuda a observar estas organizações a partir da sua caracterização como órgãos centrais dos respectivos sistemas sociais a que pertencem (jurídico e econômico) cujos sistemas funcionais estão ordenados de acordo com a diferenciação centro – periferia, isto é “constroem a respectiva hierarquia central – o sistema de tribunais ou bem o sistema bancário -, desde a qual outros âmbitos do sistema funcional podem ser tratados como periferia.” (Luhmann, 2010, p. 457)

Com esta pré-condição, estas organizações sociais podem exercer a função de órgão central hierárquico do sistema funcional respectivo, é o caso específico dos tribunais constitucionais, em que essa característica fica clara, ou seja, se encontram previstos na Constituição, cuja tarefa de interpretar e aplicar o texto se relaciona com a questão de poder declarar leis politicamente desejadas, promulgadas “democraticamente”, mas inconstitucionais e, portanto, inválidas. Além disso, há a questão tormentosa dos efeitos retroativos da declaração de inconstitucionalidade de lei, que já tenha produzido efeitos. Luhmann entende que esse Tribunal (constitucional) deve estar em condições de aceitar a validade de leis inválidas, “ao menos por um certo tempo”. (Luhmann, 2010, p. 458) A jurisdição constitucional brasileira já resolveu essa questão, ao prever que o STF pode declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo com data retroativa, desde que com o *quorum* de 2/3 dos seus membros.⁹⁷

Assim, no modelo sistêmico, a jurisdição surge como subsistema que ocupa o centro do sistema jurídico – através do processo evolutivo que caracterizou a diferenciação funcional entre política e direito e os mecanismos desse processo. (Machado, 2004a, p. 83) Do mesmo modo, o Supremo Tribunal Federal é a organização central desse subsistema, a qual se divide nos vários órgãos internos, sendo o seu Plenário o núcleo dessa organização.

Desse modo, a teoria sistêmica, apresentada aqui nos seus aspectos fundamentais, possui um instrumental teórico sofisticado e absolutamente adequado à descrição da sociedade e do subsistema do direito, ampliando os horizontes de compreensão da relação do subsistema social Jurídico-Penal com os demais subsistemas: comunicação (notícias e reportagens, propaganda e entretenimento), política, economia, ciência, etc.

⁹⁷ No caso das Ações Diretas de Inconstitucionalidade, Lei nº 9668/1999, art. 27, “Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.” Igual redação se encontra na Lei que criou a Ação Declaratória de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF, Lei nº 9882/1999, Art. 11.

3.1. Subsistema Jurídico-Penal e a Racionalidade Penal Moderna

A partir da teoria dos sistemas autopoieticos de Niklas Luhmann, a racionalidade penal moderna⁹⁸ pode ser concebida como uma teoria descritiva e explicativa dos modos de racionalização e das ideias do sistema de direito criminal moderno, concebida pelo Professor Álvaro Pires. (Garcia, 2013, p. 37) Pode-se entender a racionalidade penal moderna, também, como um quadro analítico para a observação e descrição do direito penal moderno. Ela permite levantar questões relevantes sobre a criminologia e a sociologia do direito penal, em particular a transformação do direito penal moderno que persegue o ideal de justiça através de valores negativos - a imposição de longas penas de reclusão (confinamento), distribuição de sofrimento e a produção de exclusão social. (Dubé, 2013, p. 15-16)

Álvaro Pires denomina esse quadro analítico de um sistema de pensamento “ligado a um conjunto de práticas institucionais jurídicas que se designa como ‘justiça penal’ ou ‘criminal’, constituído por uma rede de sentidos com unidade própria no plano do saber e que liga estreitamente fatos e valores, o que lhe confere um aspecto normativo.” (Pires, 2004, p. 40) Trata-se de uma reflexão sobre o modo de pensar e fazer em matéria penal, tendo como ilustrações empíricas localizadas, mas entende ser a hipótese que sustenta macrosociológica, ou seja, aplica-se a todos os países onde implantado o sistema penal moderno. (Pires, 2004, p. 39)

A teoria da Racionalidade Penal Moderna fornece uma forma de observação e descrição do Direito Penal moderno e, assim, permite levantar questões relevantes sobre a Criminologia e a Sociologia do Direito Penal, como a função da pena, a influência da opinião pública sobre o funcionamento do sistema jurídico e as conturbadas conexões com os direitos humanos, a representação de juízes, promotores, advogados e políticos no processo judicial de condenação dos acusados. Em todas essas questões emerge a transformação do Direito Penal moderno que valoriza o alcance do ideal de justiça através de valores negativos, como a pena de prisão (confinamento humano), a distribuição do sofrimento e da produção de exclusão social. (Pires, 2004, p. 55-56)

3.2. Teorias das penas

Segundo Pires, a racionalidade penal moderna teve início em meados do século XVIII, a partir da publicação da obra “Dos delitos e das penas” de Beccaria (Pires, 1998, p. 16), onde se

⁹⁸ O texto que serve de base para essa análise (publicado na revista Novos Estudos CEBRAP, nº 68, março de 2004, p. 39-60) foi adaptado por Maria Rocha Machado, membro do Núcleo de Direito e Democracia do CEBRAP, a partir do texto original “La rationalité pénale moderne, la société du risque et la juridicisation de l’opinion publique”, publicado na revista Sociologie et Société, vol. 33, tomo 1, 2001, p. 179-204, no qual o autor explora alguns aspectos da interação entre os sistemas econômicos, político e jurídico-penal nas sociedades contemporâneas (sociedade do risco); também o artigo de Álvaro Pires “Beccaria, l'utilitarisme et la rationalité pénale moderne” (Pires, 1998, p. 83-143) no qual traça as origens da racionalidade penal moderna.

reuniu pela primeira vez ou, pelo menos, de forma mais visível uma série de características que irá determinar o contorno da racionalidade penal moderna, como subsistema de pensamento autônomo, fruto de um processo de diferenciação funcional de outros sistemas do direito.

Destaca-se desse sistema de pensamento a teoria da sanção penal de Beccaria. Nela estão atendidos, segundo Pires: a) uma representação “vertical” do direito penal (tal como um sistema completo de regras proibitivas, sancionatórias e de procedimentos fechados sobre si mesma e buscando diferenciar-se dos outros subsistemas jurídicos); b) rigorosa conceituação da punição e o propósito da sentença, por um lado, exclui a reparação positiva e uma série de outras medidas e, por outro, reforça a crença na obrigação de punir; c) o interesse de proteção das pessoas por regras constitucionais e processuais, bem como por certos princípios filosóficos do direito (como a proporcionalidade).

Em sua teoria da pena, Beccaria pensou o Direito Penal como um domínio de regulação jurídica que foi e deve permanecer profundamente diferenciada de outras formas do direito. Sistema esse dirigido por uma filosofia, contendo objetivos, princípios, leis e sanções que seriam próprios, devendo se contrastar com a justiça civil (e outras leis). Essa concepção, segundo Álvaro Pires, faz de Beccaria um “artesão” da racionalidade penal moderna. (Pires, 1998, p. 16-17)

O estudo desse quadro analítico, revela que ele é composto de um sentido teórico e formal - no qual apenas indica um sistema de pensamento que se identifica como relativo à justiça criminal e assim se auto distingue dos outros sistemas – e num sentido empírico e descritivo – designa uma forma concreta de racionalidade que se atualizou num determinado momento histórico, para ele essa forma de racionalidade penal se construiu no Ocidente a partir da segunda metade do século XVIII. (Pires, 2004, p. 40)

Esse sistema de pensamento jamais é inteiramente determinado por uma causalidade material externa (transformações da sociedade): a justiça penal produz o seu próprio sistema de pensamento na medida em que se constitui como um subsistema diferenciado funcionalmente do sistema jurídico, no âmbito de um processo em que o direito se diferencia no interior do direito. Dessa maneira, o direito penal moderno será construído e percebido como um subsistema jurídico com identidade própria. (Pires, 2004, p. 40)

Álvaro Pires chama de estrutura normativa telescópica ao tipo de norma presente comumente no Direito Criminal: “Aquele que faz x pode ou deve ser punido com y”. Segundo ele, é telescópica porque justapõe uma norma de sanção (permitindo ou obrigando a aplicação da pena indicada) a uma norma de comportamento (não fazer isso ou fazer obrigatoriamente aquilo) e que “adquire particular visibilidade três tipos de penas (normas de segundo grau): a morte (ou

um castigo corporal), a prisão e a multa. É a pena afliativa – muito particularmente a prisão – que assumirá o lugar dominante no autorretrato identitário do sistema penal.” (Pires, 2004, p. 41)

Privilegia-se uma linha de pensamento medieval segundo a qual a pena afliativa que comunica o valor da norma de comportamento e o grau de reprovação em caso de desrespeito. De maneira que a “pena afliativa deve ser sempre imposta e o seu *quantum* deve se harmonizar com o grau de afeição ao bem, indicando assim o valor da norma de comportamento.” (Pires, 2004, p. 41)

São aspectos relevantes desse sistema de pensamento a projeção de um autorretrato identitário essencialmente punitivo (estabilizada e generalizada pelos manuais da dogmática penal) em que o procedimento penal hostil, autoritário e acompanhado de sanções afliativas é considerado o melhor meio de defesa contra o crime “só convém uma pena que produza sofrimento” e esse sofrimento do culpado é uma virtude expiatória absolutamente insubstituível. (Pires, 2004a, p. 27)

Esse núcleo identitário dominante da racionalidade penal moderna foi reproduzido incondicionalmente pelas teorias da pena afliativa (da dissuasão ou da retribuição) que, valorizando tão-somente os meios penais negativos, excluem as sanções de reparação pecuniária ou outras alternativas, e, ainda, por certas teorias contemporâneas as principais variantes da teoria da prevenção positiva. A prevenção é dita “positiva” porque substitui uma finalidade última negativa (dissuasão, retribuição) por uma positiva, como é o caso de “reforçar a moralidade dos cidadãos honestos”. (Pires, 2004, p. 43)

Dessa maneira, para Pires, as teorias clássicas da pena substituem a fundamentação do direito de punir pela obrigação ou necessidade de punir. (Pires, 2004, p. 44) É o caso, da teoria da dissuasão, citada como exemplo: “Beccaria afirma que a certeza da pena é mais importante que sua severidade. Esse enunciado é frequentemente apresentado como se fosse crítico, mas reitera a necessidade (ou obrigação) pragmática e política da punição.” (Pires, 2004, p. 44) Desse modo, a crença na certeza da pena como pressuposto de dissuasão faz com que ao sistema jurídico se imponha o dever de punir sempre que for possível, ainda que haja outras formas de se alcançar a e “a teoria da retribuição contém a mesma concepção: Kant afirma que a pena é um imperativo categórico, isto é, haveria uma obrigação moral de punir.” (Pires, 2004, p. 44)

Essas teorias da pena concebem a proteção da sociedade ou a afirmação das normas de modo hostil - por representarem o transgressor como um inimigo de todo o grupo e por estabelecerem uma equivalência necessária (mesmo ontológica) entre o valor do bem ofendido e o grau de sofrimento que se deve infligir ao transgressor -; abstrato - porque, mesmo reconhecendo que a pena causa um mal concreto e imediato, concebem que esse mal produz um

bem imaterial e mediato para o grupo (“restabelecer a justiça pelo sofrimento”, “reforçar a moralidade das pessoas honestas”, “dissuadir o crime”⁹⁹); , negativo - já que essas teorias excluem qualquer outra sanção ou medidas que visem reafirmar a norma por meio de uma ação positiva (reparação pecuniária, tratamento em liberdade, etc.) -; e atomista - porque a pena não deve se preocupar com os laços sociais concretos entre as pessoas a não ser de forma secundária e acessória. Obedecendo a uma lógica justificadora do tipo o mal se sana com o mal (Pires, 2004, p. 43).

Além disso, a racionalidade penal moderna fundamenta a punição como uma obrigação ou necessidade; está presente nos discursos de muitos juristas ditos críticos, os quais embora sejam realmente críticos em variados temas sociais, como do meio ambiente, ambientais, etc., “caem na armadilha cognitiva” privilegiam uma ou outra dessas teorias da pena, “sustentando exclusivamente as sanções negativas, reduzindo o direito de punir à obrigação ou necessidade de punir e consagrando a identidade puramente punitiva do direito penal moderno.” (Pires, 2004, p. 46) E, assim, opõem-se ao abrandamento de penas e à adoção de sanções alternativas (não-carcerárias) ou em demandar, em nome de princípios da racionalidade penal moderna (igualdade, proporcionalidade, segurança), penas aflitivas mais severas (pelo menos para a categoria de crimes que lhes preocupa).” (Pires, 2004, p. 46) De sorte que as distinções comumente feitas entre posições políticas de esquerda/direita ou de pensamento crítico/tradicional, não apresentam diferenças empíricas coerentes e significativas em matéria penal. (Pires, 2004, p. 46).

A representação da pena criminal aflitiva como necessária ou obrigatória produz então um paradoxo: certa degradação dos direitos humanos no direito penal, a afirmação de uma obrigação de punir, a resistência a outros tipos de sanções, tudo isso pode se apresentar, em diferentes graus e formas, como uma maneira de proteger os direitos humanos. Entretanto, para um observador externo, os direitos humanos poderão ser observados como um objetivo ou um ideal de reduzir as penas e diversificar as sanções penais.¹⁰⁰ (Pires, 2004, p. 46)

⁹⁹ Essa concepção vem, pelo menos, desde Jeremy Bentham, para quem “a pena produz um mal de primeira ordem [concreto imediato] e um bem de segunda ordem [abstrato e mediato]: inflige um sofrimento ao indivíduo que o atraiu voluntariamente; e nos seus efeitos secundários a pena se transforma toda em bem: intimida os homens perigosos, fortalece os inocentes e é a única salvaguarda da sociedade.” (Pires, 2004, p. 42)

¹⁰⁰ Paradoxo como fatos “desconfortáveis” ou “inconvenientes”, que, para Max Weber, se revelam quando o observador toma consciência que o seu ponto de vista manifesta-se contrariamente aos seus próprios valores: “A tarefa primordial de um professor útil é ensinar seus alunos a reconhecer os fatos ‘inconvenientes’ — e quero dizer os fatos que são inconvenientes para suas opiniões partidárias. E para cada opinião partidária há fatos que são extremamente inconvenientes, para minha própria opinião e para a opinião dos outros. Acredito que o professor realiza mais do que uma simples tarefa intelectual se compelir sua audiência a se habituar à existência de tais fatos.” (Weber, 1982, p. 174)

Dessa sorte, a racionalidade penal moderna é levada a veicular vários enunciados teóricos visando “conciliar” uma política de austeridade com os temas da justiça e do humanismo (com a *humanitas*). É evidenciado, então um paradoxo, ou seja, “como justificar a exclusão de meios jurídicos mais humanos ou mais justos em nome da justiça e dos humanismos?” (Pires, 2004, p. 46)

Uma das soluções para esse paradoxo consistiria em fazer a distinção entre humanismo e justiça, procurando observar em separado cada um deles no contexto do sistema penal:

Assim “ser justo” não teria mais relação com “ser humano” – como afirma Tocqueville, “o objetivo da filantropia não é tornar os prisioneiros felizes, mas melhores.” A noção de justiça é então reduzida ao sentido dado por uma das teorias da pena afliativa. “O mal se sana pelo mal”. Enfim, o próprio humanismo é reinterpretado pelas teorias da pena, de modo que nos tornamos responsáveis pela nossa tolerância (note-se: não por nossa intolerância) e favorecemos o crime quando deixamos de punir ou até quando não punimos com severidade suficiente. Em consequência, a falta não punida seria o verdadeiro tormento do verdadeiro humanista. O sentimento de humanismo com relação ao culpado e às penas afliativas seria a expressão de uma fraqueza, de um humanismo desorientado, um pseudo-humanismo: o verdadeiro estaria dirigido aos cidadãos honestos, à vítima e à humanidade abstratamente considerada. (Pires, 2004, p. 47)

Esse fenômeno é particularmente verificado nos anos recentes e não apenas no Brasil, em que novas condutas são criminalizadas, numa forma de expansão do direito penal para além das figuras tradicionais, para abranger acidentes de trabalho, meio ambiente, etc., e, sobretudo, na interlocução com a opinião pública. É nesse sentido que Pires entende que os tribunais superiores “acolheram igualmente várias ideias e modificações legislativas que estavam bem longe da busca de um direito penal mais complexo e menos repressivo, e pareciam se preocupar cada vez mais com o tema da ‘opinião pública.’” (Pires, 2004, p. 48)

Para assinalar as transformações do ambiente do sistema penal, associadas à reativação da racionalidade penal moderna, Álvaro Pires indica a expansão das mídias e sua influência e impacto em matéria penal; a importância dada ao público e às sondagens de opinião pelo sistema político e pelas ciências sociais; a emergência discursiva de uma “sociedade de vítimas”; a participação crescente no debate penal de movimentos sociais, ou de segmentos deles, “movimentos sociais sem teoria”¹⁰¹.

¹⁰¹ “The new social movements have no theory. They are also incapable of controlling the distinctions in which they record their observations. A simple, concrete fixing of goals and postulates, a corresponding distinction of adherents and opponents and a corresponding moral evaluation therefore predominates.” (Luhmann, 1989, p. 125)

Esses movimentos caracterizam-se também por um engajamento de urgência em causas precisas; por privilegiar uma única orientação de reforma penal de natureza repressiva; pelo eficiente uso dos canais de comunicação para tornar público o tema objeto do movimento e a solução desejada; e, por fim, revela a tendência de instrumentalizar o Estado e apresentar a própria causa como sendo “útil para todos.” (Pires, 2004, p. 48). Assim, os movimentos sociais¹⁰² sem “teoria” promovem demandas pelo aumento da repressão a determinados crimes vinculados com esse “público”, algumas dessas demandas têm como fundamento os direitos humanos – ambiental, racial, gênero, etc. (Pires, 2004, p. 55)

Assim, o subsistema Jurídico-Penal ao decidir - um sistema social comunica por meio de decisões, dado que o elemento constitutivo dos sistemas sociais é a comunicação, formada pela informação, um dar-a-conhecer e entendê-la (Luhmann, 1991, p. 151-186) -, reproduz um sistema de pensamento em relação às penas – aflitivas, muito particularmente a prisão, que assumirá o lugar dominante no sistema penal. (Pires, 2004, p. 41)

Além disso, a racionalidade penal moderna e as teorias modernas da pena constituem um obstáculo epistemológico (Bachelard, 1996, 21-26) e cultural para a construção de um verdadeiro “direito penal do cidadão” e por consequência de uma nova racionalidade penal, “mais humana, mais respeitosa da liberdade de todos, mais criativa e mais adaptada à complexidade da sociedade atual.” (Pires, 2004a, p. 12; Pires, 2004, p. 43)

3.3. Judicialização da opinião pública e do público no processo

Tem enorme relevância para a pesquisa a parte das reflexões realizadas por Álvaro Pires na qual busca conceituar e discutir o fenômeno da juridicização da opinião pública e do público pelo sistema penal na modernidade tardia e suas relações conflituosas com os direitos humanos. (Pires, 2004, p. 40)

No processo de desenvolvimento da racionalidade penal moderna, o público passa a ser percebido como um componente do sistema penal. Para sua integração, são criados novos mecanismos jurídicos e teorias, “diversas formas de integração, que vão muito além do papel estrito e bem delimitado do júri ou ainda do simples papel dos espectadores de suplícios públicos ou de rituais judiciais, de modo que o público deixa de ser um simples destinatário da norma jurídica ou mais um aspecto do ambiente do sistema penal para se tornar um critério na construção da justiça.” (Pires, 2004, p. 49)

¹⁰² Luhmann compreende os movimentos sociais, e de protesto, como sistemas autopoieticos com índole própria e o protesto como seu momento catalizador. (Luhmann, 2007, p. 682)

O público como componente do sistema político foi introduzido pelo processo de democratização das sociedades modernas, a partir do século XVIII, em diversos papéis sociais, de forma crescente na produção legislativa, “impelindo o sistema político a orientar – e a tentar controlar por esse meio – o sistema jurídico.” (Pires, 2004, p. 49) A partir da década de 1960, segundo Pires, o público começa a ser estabelecido como um componente do sistema penal por meio das operações de reprodução desse sistema. (Pires, 2004, p. 49)

O problema central desse fenômeno está em que ele pode representar um processo de *desdiferenciação* do sistema Jurídico-Penal em relação ao sistema político, “no quadro da construção jurídica da noção de justiça”. (Pires, 2004, p. 49). De fato, essa participação do público no processo de criação de normas penais, não exclusivamente, passou da demanda por proibição de comportamentos para uma reivindicação de penas mais severas, restrição à liberdade condicional e condições da vida carcerária. (Pires, 2004, p. 51)

Com a recepção do público pelo sistema penal, ele começa a participar “do saber jurídico e das decisões dos tribunais na determinação do que é ‘direito’ ou ‘justiça’.” (Pires, 2004, p. 51) Essa participação ocorre diretamente, quando as observações do sistema criminal se referem explicitamente ao “clamor público”, à “opinião pública” ou que a “sociedade espera uma resposta à altura”, e outras semelhantes, “a título de critério pertinente para tomar ou justificar uma decisão (‘expressar a opinião do público’).” (Pires, 2004, p. 51) Essa participação também pode se dar indiretamente, quando os tribunais se atribuem a função de “orientar o público”, “guiar a opinião pública!”, ou quando atualizam uma teoria da pena que foi construída tendo em vista o público. (Pires, 2004, p. 51)

De maneira que essa recepção do público pela racionalidade penal tende a se orientar na “direção da pena aflictiva e torna-se problemática do ponto de vista da função do sistema jurídico, mas também pode ser considerada problemática do ponto de vista moral por um observador externo à racionalidade penal moderna.” (Pires, 2004, p. 51)

De sorte que, ao levar em consideração o público na escolha e na gestão do remédio legal para o problema, o sistema penal passa a modificar seus próprios critérios de decisão e conhecimento (saberes) sobre as penas. De sorte que o sistema Jurídico-Penal passa a considerar a adoção dos critérios “público”, “opinião pública”, “clamor público”, “mediatização do caso concreto” no quadro das suas próprias decisões quanto à condenação, à seleção dos fatores agravantes ou atenuantes e ao tipo de pena e seu *quantum*. Álvaro Pires afirma que em vários países o sistema Jurídico-Penal criou novos canais de comunicação com o público – como um personagem anônimo e difuso -, bem como a vítima aparece também como um representante do público e recebe o papel de comunicar aos tribunais o seu sofrimento no momento da escolha da

pena. (Pires, 2004, p. 52) De maneira que os direitos dos acusados e as respectivas penas estariam de alguma maneira condicionada à opinião pública ou às reivindicações do público, inclusive das vítimas.

Qual o problema de a semântica jurídica em geral e o sistema penal em particular levar em conta o interesse do público e de grupos na qualidade de “fatores ou critérios de aplicação da justiça”? Essa influência é problemática em função de tender a degradar o sistema Jurídico-Penal, na modificação das finalidades das penas aflictivas. Na tradição jurídica do *common law* isso se deu pela teoria da denunciação - desaprovação pública do delito e na qual os magistrados mandam uma mensagem clara, límpida e sem equívocos ao público, não raro pela aplicação de severas penas aflictivas como pressuposto de adquirir o “respeito público à administração da justiça”. (Pires, 2004, p. 53-54) Na tradição jurídica romano-germânica, o equivalente funcional da “denunciação” assume a forma das teorias da prevenção positiva, inclusive com invocações da função sociológica da pena de Durkheim de “reforçar os sentimentos fortes da consciência coletiva” (Pires, 2004, p. 54).

Além disso, a democracia, tal como a entendemos no âmbito dessa pesquisa, identifica-se com a existência de elevadas possibilidade de escolha, propiciada pelos sistemas parciais, diferenciados funcionalmente. (Campilongo, 2011a, p. 175) Do mesmo que o controle judicial das decisões políticas (observações), isto é, um controle do mérito exclusivamente político da decisão, demonstra a desdiferenciação do sistema jurídico, o pretendido controle político do sistema jurídico mostra o outro lado desse problema. Todas estas práticas, no entanto, revelam a tendência de perversão da democracia, e essa é, aliás, uma característica das sociedades periféricas da modernidade. (Campilongo, 2011a, p. 183)

De sorte que a semântica do subsistema criminal, ao recepcionar o público, está cada vez mais identificada com a racionalidade penal moderna, não somente na produção, mas na estimulação e normalização de uma espécie de demanda de sofrimento e “anti-bem-estar dos outros em matéria penal” (Pires, 2004, p. 59).¹⁰³

¹⁰³ Uma outra vertente de observação do sistema criminal foi construída por Álvaro Pires, a partir das reflexões suscitadas por Mereu - “A morte como pena: ensaio sobre a violência legal” – no qual se retoma debate com Umberto Eco sobre a abolição da pena de morte na Itália, e que ele desenvolve a noção de morte como pena, na década de 80, do século passado (Mereu, 2005, p. XII) -, Álvaro Pires desenvolve a noção de penas radicais, identificando-as com a “morte como pena”. Expostas na apresentação dessa obra, na versão em francês (Pires, 2012, p. 7-47), e que serviu de roteiro para a Conferência de encerramento do VIII Encontro da ANDHEP – Associação Nacional de Direitos Humanos, em 30/04/2014, no auditório da Faculdade de Direito da USP, “Um ponto cego dos direitos humanos? O enigma das penas radicais”. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=ZTrQmSX3sYg> último acesso 13/3/2016. Muda-se apenas o gênero de morte: biologicamente ou socialmente – “morte em câmera lenta”. (Mereu, 2005, p. 201)

3.4. O garantismo penal

Embora não esteja compreendida na teoria sistêmica, o garantismo penal é compatível com essa abordagem. Além disso, sua descrição aqui tem o objetivo de realizar um contraponto, em relação à racionalidade penal moderna. Tal é, em substância, a razão da sua exposição, de forma sumária.

Inicialmente, Luigi Ferrajoli distingue três significados diversos de garantismo, mas conexos entre si, que representariam o que ele denomina de modelo garantista de direito ou de responsabilidade penal (regras do jogo fundamental do direito penal):¹⁰⁴ como modelo normativo de direito; como teoria do direito e crítica do direito; como filosofia do direito e crítica da política.

No que diz respeito ao Direito Penal, o modelo normativo significa a subordinação à estrita legalidade, característica, aliás, própria do Estado de direito. Assumindo, no plano epistemológico, o caráter de um sistema cognitivo ou de poder mínimo. No plano político, ele se apresenta como “uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e a maximizar a liberdade” e, sob o plano jurídico, “como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos” (Ferrajoli, 2014, p. 785-786).

No aspecto da teoria do direito e crítica do direito, Ferrajoli entende o garantismo como “uma teoria jurídica da ‘validade’ e da ‘efetividade’ como categorias distingidas não só entre si, mas, também, pela ‘existência’ ou ‘vigor’ das normas” (Ferrajoli, 2014, p. 786). Já como Filosofia do Direito e crítica da política designa “uma filosofia política que requer do direito e do Estado o ônus da justificação externa com base nos bens e nos interesses dos quais a tutela ou a garantia constituem a finalidade” (Ferrajoli, 2014, p. 787).

O garantismo penal concebe a prevalência do indivíduo frente ao Estado, no sentido de aumentar ao máximo a liberdade da pessoa, e diminuir ao mínimo possível o poder estatal. Numa síntese extremada, seria esse o substrato em que se funda o garantismo, ou seja, deve se ampliar o espectro da esfera de liberdade do indivíduo e diminuir ao patamar mínimo necessário o poder do Estado, necessariamente, portanto, uma preocupação minimalista.

Naquilo que nos interessa aqui, no entanto, os princípios basilares do garantismo penal de Luigi Ferrajoli podem ser resumidos nos seguintes: princípio da retributividade ou da sucessividade da pena em relação ao delito cometido; princípio da legalidade; princípio da necessidade ou da economia do Direito Penal; princípio da lesividade ou da ofensividade do

¹⁰⁴ “Denomino garantista, cognitivo ou de legalidade estrita o sistema penal SG, que inclui todos os termos de nossa série. Trata-se de um modelo-limite, apenas tendencialmente e jamais perfeitamente satisfável. Sua axiomatização resulta da adoção de dez axiomas ou princípios fundamentais, não deriváveis entre si.” (Ferrajoli, 2014, p. 91)

ato; princípio da materialidade; princípio da culpabilidade; princípio da jurisdicionalidade; princípio acusatório ou da separação entre juiz e acusação; princípio do encargo da prova; princípio do contraditório. (Ferrajoli, 2014, p. 91-93)

Além desses princípios, podem-se identificar formas de minimizar o poder do Estado, a partir de outros princípios que devem possuir amplo amparo pelo órgão jurisdicional, que seriam as garantias: relativas à pena; garantias relativas ao delito; garantias relativas ao processo. (Ferrajoli, 2014, p. 91)

Descrito dessa maneira, o garantismo penal se apresenta de forma contrária à racionalidade penal moderna, cujo paralelo serve de contraponto, uma vez que o garantismo penal procura minimizar a violência do sistema penal, na diminuição do sofrimento imposto pelas normas penais, cuja criação, obedeceu a uma lógica daquele quadro identitário, eminentemente punitivo. De sorte que constitui uma posição que rivaliza com aquelas ideias, identificadas na racionalidade penal moderna, que operaram a transformação do Direito Penal moderno, na qual se valoriza o alcance do ideal de justiça através de valores negativos, como a pena de prisão (confinamento humano), a distribuição do sofrimento e da produção de exclusão social. (Pires, 2004, p. 55-56)

3.5. A triangulação teórica

As teorias selecionadas possuem a função de caixa de ferramentas metodológicas. (Deleuze; Foucault, 2005, p. 71) Na sua seleção, procurou-se utilizá-las no mesmo tom, ou seja, de forma harmônica. Assim, os escândalos políticos midiáticos são concebidos como fenômenos sociais importantes, que descrevem a própria sociedade contemporânea. São observações do sistema de comunicação sobre observações de observadores – observações de segunda ordem, segundo a teoria sistêmica. Elas nos permitem compreender mais detalhadamente como ocorre o nascimento, desenvolvimento e declínio de um escândalo midiático.

A teoria sistêmica, ou melhor, os aspectos fundamentais selecionados, permite compreender a sociedade como o conjunto de todas as comunicações, realizadas pelos sistemas sociais. A característica dessa sociedade é que ela é formada por sistemas funcionalmente diferenciados, que se interpenetram, através das múltiplas perturbações entre eles e seus respectivos ambientes. Aqui, observa-se que os escândalos são concebidos como irritações produzidas pelo sistema de comunicação sobre os subsistemas sociais, que são seu ambiente, de maneira particular o sistema Jurídico-Penal, objeto desta pesquisa. A organização central desse sistema (STF) observa essas irritações e, quando selecionadas, as processa como informação, segundo sua lógica interna (direito/não direito).

Entretanto, esse fenômeno do escândalo midiático não chega a ser um sistema de comunicação, como, por exemplo, os movimentos sociais e de protesto (Campilongo, 2012, p. 62). Sua característica mais relevante talvez se circunscreva ao resultado das observações realizadas pelo sistema de comunicação, sobre determinado fato social – o escândalo. Observação essa que irrita de modo peculiar os subsistemas político e jurídico-penal.

Mas é razoável avançar além do reconhecimento e estudo das irritações e observações de segunda ordem – ainda que sob a forma de desconstrução (Luhmann, 1992, p. 1421) -, e identificar nos julgamentos desses fenômenos (observações do sistema Jurídico-Penal) a semântica que predominou na sua realização.

Daí porque se adotou a descrição da racionalidade penal moderna e a teoria do garantismo penal, no pressuposto de que podem fornecer elementos para complementar a observação que o sistema Jurídico-Penal faz sobre os escândalos políticos midiáticos. Dessa forma, permite observar as semânticas criminais adotadas nas observações realizadas pela organização central do subsistema social jurídico. Esse quadro epistemológico configura uma triangulação teórica, (Martins; Theóphilo, 2009, p. 68) cujo objetivo é propiciar uma observação com mais acuidade do fenômeno dos escândalos políticos midiáticos, em toda sua complexidade.

*All along the watchtower
There must be some way out of here, said the joker to the
thief,
There's too much confusion, I can't get no relief.
Businessmen, they drink my wine, plowmen dig my earth,
None of them along the line know what any of it is worth.
No reason to get excited, the thief, he kindly spoke,
There are many here among us who feel that life is but a
joke.
But you and I, we've been through that, and this is not
our fate,
So let us not talk falsely now, the hour is getting late.
All along the watchtower, princes kept the view while all
the women came and went, barefoot servants, too.
Outside in the distance a wildcat did growl,
Two riders were approaching, the wind began to howl.*

(Bob Dylan)

CAPÍTULO 3 – O *CORPUS*

O objeto de pesquisa procura descrever e analisar criticamente o modo pelo qual o Supremo Tribunal Federal tem realizado a justiça criminal nos crimes envolvendo Escândalos Políticos Midiáticos – EPM, num contexto de enorme complexidade como é o que se observa no subsistema social criminal.

A função de guarda da Constituição confere ao STF o dever de velar pelo respeito e pela afirmação dos direitos e garantias fundamentais. São expressões da dignidade da pessoa humana assegurada pelo Estado democrático de direito e eixo interpretativo do constitucionalismo brasileiro contemporâneo. Essa característica, aliás, torna o Supremo Tribunal Federal o órgão central do sistema funcional do direito.¹⁰⁵

No campo específico da política criminal, essa função se caracteriza basicamente pela defesa contra o arbítrio e exacerbação do sistema punitivo moderno – o que pode ser tido como uma exteriorização da racionalidade penal moderna.¹⁰⁶ Os direitos fundamentais projetam-se em dois sentidos: como direitos de defesa, indicando o dever do Estado de respeitá-los, numa perspectiva negativa; e como imperativos de tutela, função da qual se pode deduzir o dever do Estado de protegê-los ativamente diante de ataques provenientes de terceiros, numa perspectiva positiva (Feldens, 2012, p. 18).

Ocorre, entretanto, que a Constituição Federal também elencou como uma das competências do STF o processamento e julgamento de ações penais originárias pelo cometimento de crimes comuns e de responsabilidade de determinadas autoridades, detentoras de prerrogativa de função (CF, art.102, I, “b” e “c”). Conforme se verá, comparados aos casos difíceis¹⁰⁷ e mesmo aqueles trágicos da jurisdição constitucional, os processos criminais

¹⁰⁵ “construyen la respectiva jerarquía central – el sistema de tribunales o bien el sistema bancario –, desde la cual otros ámbitos del sistema funcional pueden ser tratados como periferia.” (Luhmann, 2010, p. 457)

¹⁰⁶ «La rationalité pénale moderne est une manière de penser et de construire le droit pénal qui prendra une forme systémique autonome entre la seconde moitié du XVIIIe siècle et le tournant du XIXe siècle (Pires, 1998a). Elle est un système social d'un genre particulier, c'est-à-dire un réseau de sens ayant une unité propre sur le plan du savoir et influant sur notre façon de construire, voir et justifier une institution spécifique, en l'occurrence le droit pénal moderne. Elle possède la capacité de naturaliser la structure normative des lois pénales et ses pratiques institutionnelles. C'est quand nous essayons de penser le système pénal autrement que nous prenons conscience de l'emprise de ce système sur notre façon de voir les choses.» (Pires, 2001, p. 187).

¹⁰⁷ Tem sido traduzida assim a expressão inglesa “hard case”, embora “casos difíceis” sejam apenas uma das várias conotações dessa expressão, inevitavelmente interligada com a concepção de Direito adotada. Para Ronald Dworkin, por exemplo, “quando um determinado litígio não se pode subsumir claramente em uma norma jurídica, estabelecida previamente por alguma instituição; o juiz - de acordo com esta teoria - tem uma discricção (*discretion*) - para decidir o caso em um ou noutro sentido.” (Dworkin, 1978, p. 81). Embora não tenha oferecido instruções específicas de como resolver um caso com estas características, é possível no seu argumento dois tipos de “hard case”: sem uma “regra” (rule) e um caso com uma regra que oferece incompleta, ambígua ou conflituosa orientação

originários do STF, de modo geral, não exigem grandes e complexos arranjos argumentativos, na fundamentação do processo decisório – na absolvição ou condenação. Entretanto, esse processo de decisão está longe de se configurar uma simples lógica formal dedutiva. Na realidade trata-se de um complexo processo argumentativo, no qual a subsunção no julgamento é apenas o primeiro e mais simples dos elementos. De maneira que o STF deve também aplicar o sistema punitivo, construído a partir de um sistema de pensamento específico, com identidade própria, e que se diferencia do sistema jurídico, cuja forma de estruturação do sistema penal - identificada no âmbito desta pesquisa como racionalidade penal moderna (Pires, 2004, p. 40).

Na primeira competência - a de guarda da Constituição, inegavelmente a mais proeminente em face da determinação constitucional - art. 102, *caput* -, a preocupação fundamental da Corte está centralizada na construção e manutenção da ordem jurídica democrática, com os valores inerentes ao estado democrático de direito.

Nos julgamentos dos processos criminais, no entanto, a preocupação está mais na aplicação da lei penal, dentro dos limites da Constituição, uma orientação de forma pragmática, portanto, na qual o sistema punitivo é reafirmado com discursos jurídicos em geral baseados no caráter instrumental do Direito Penal como salvaguarda da sociedade.

Se na primeira competência o pensamento dominante está na manutenção de uma coerência do sistema punitivo pelo respeito dos direitos fundamentais, na segunda competência a Corte reafirma o sistema punitivo, as expectativas normativas. Configuram-se essas competências como as duas faces de *Janus*, cujo equilíbrio, na prática, requer um alto grau de sensibilidade institucional.

1. A construção do *Corpus*

O critério de seleção dos acórdãos e vídeos criminais que fazem parte do *corpus* foi estabelecido em função da sua importância prática e não tanto pela relevância teórica – decorrente das questões jurídicas envolvidas no caso. É o que costuma ocorrer no julgamento de grandes questões relacionadas com direitos fundamentais e, em geral, no julgamento de recursos extraordinários, *habeas corpus* e recursos ordinários em *habeas corpus*, onde fica mais evidenciado o caráter contramajoritário¹⁰⁸ da jurisdição constitucional das liberdades.

(guidance), para os quais concebeu o juiz Hércules, dotado de sabedoria e conhecimento máximos, em contraposição à dolorosa realidade em que as ações são julgadas por seres humanos, com todas suas deficiências. (Dworkin, 1978, p. 82).

¹⁰⁸ “A atribuição de declarar a inconstitucionalidade de leis (i.e., de decisões majoritárias tomadas pelo Congresso) e de atos do Poder Executivo (cujo chefe foi eleito pela maioria absoluta dos cidadãos). Vale dizer: agentes públicos não eleitos, como juízes e ministros do STF, podem sobrepor a sua razão à dos tradicionais representantes da política majoritária.” (Mendonça; Barroso, 2013)

No julgamento de inquéritos e ações penais originárias, como se viu, o processo penal tem a função de realizar a política criminal,¹⁰⁹ devidamente adequada à perspectiva Constitucional, no qual garanta “o máximo grau de racionalidade e confiabilidade do juízo e, portanto, de limitação do poder punitivo e de tutela da pessoa contra a arbitrariedade.” (Ferrajoli, 2014, p. 38)

O percurso metodológico da análise foi estabelecido levando-se em conta os acórdãos impressos e os vídeos dos julgamentos. No caso dos acórdãos impressos em papel foram decompostos os acórdãos julgados pelas Turmas e analisados o conteúdo dos julgamentos, classificando-os segundo o tamanho dos respectivos acórdãos, para posterior confronto com os processos julgados pelo Plenário e que servirá de parâmetro de análise. No caso dos vídeos (audiovisuais) foi adicionado o tempo de julgamento. O tamanho dos acórdãos e o tempo de duração dos julgamentos são dois elementos de análise importantes para a observação.

O que se espera encontrar com o confronto é a presença de algum fator ou elemento que estabeleça a vinculação da decisão, forma ou conteúdo, com o seu respectivo auditório. Nesse caso, confirmada a hipótese, a veiculação ou transmissão dos julgamentos pela TV-Justiça seria um fator que pode ter influência na decisão, o que justificaria as críticas daqueles que entendem que essa veiculação deve ser restringida, ou mesmo suprimida.

Na construção do *corpus* – “uma coleção finita de materiais, determinada de antemão pelo analista, com (inevitável) arbitrariedade, e com a qual ele irá trabalhar” (Bauer; Aarts, 2015, p 44) – levaram-se em consideração as características fundamentais dos processos penais do STF. A amostragem é aleatória¹¹⁰ e teve em conta o fato de que todos os processos penais julgados pelo STF possuem a mesma probabilidade de serem escolhidos para formar esse *corpus*. Trata-se, portanto, de uma pesquisa qualitativa com processos judiciais criminais envolvendo, em maior ou menor extensão, escândalos políticos midiáticos. Claro que não há como “cobrir” todos os inquéritos e ações penais julgados no período pelo STF.¹¹¹

¹⁰⁹ Tem aplicação as reflexões de Oscar Vilhena Vieira “Dessa forma, prossegue Dworkin, só é correto afirmar que os indivíduos têm direitos, no sentido forte da expressão, contra o governo, como uma decorrência da necessidade de preservação da dignidade humana e da igualdade. Trata-se de uma experiência e de uma construção histórica pela qual os cidadãos criam direitos para se defender do poder coercitivo do Estado, necessário, por sua vez, a estabilização de expectativas e respaldo do próprio direito. Nesse sentido, a legitimidade da utilização da força pelo Estado depende ao mesmo tempo de sua programação feita pela soberania popular e do respeito aos direitos que a soberania popular atribuiu a si própria.” (Vieira, 1997, p. 80-81).

¹¹⁰ “A amostragem garante eficiência na pesquisa ao fornecer uma base lógica para o estudo de apenas partes de uma população sem que se percam as informações – seja esta população uma população de objetos, animais, seres humanos, acontecimentos, ações, situações, grupos ou organizações.” (Bauer; Aarts, 2015, p. 40)

¹¹¹ Nosso referencial abrange mais de 100% das ações penais julgadas pelo Plenário, no período de 2012-2015, em torno de 40% das ações penais julgadas pela 1ª Turma e 21% das julgadas pela Segunda Turma em igual período.

Para que o *corpus* se constituísse numa amostra representativa do universo de processos, restringimos seu escopo às ações penais julgadas tanto no Plenário quanto nas Turmas. Os inquéritos criminais, embora importantes processos penais em que deflagram a ação penal, não são mais relevantes para os propósitos desta pesquisa que as ações penais, por constituírem elas parte final do julgamento do conflito penal, onde o escândalo político midiático atinge o seu clímax, bem como é reconhecida ou não a materialidade do delito e a culpa, *lato sensu* – embora ainda haja posteriormente a possibilidade da execução criminal, com outras miríades de controvérsias, como perda de mandato do parlamentar, etc.

A premissa fundamental teve como pressuposto que os auditórios dos órgãos julgadores do STF seriam uma premissa decisória importante, seja como um aspecto simbólico, que influísse de alguma maneira no julgamento dos processos criminais considerados, seja como um fator que alterasse de alguma forma a independência do juiz. Essa perspectiva foi construída a partir de várias observações de interlocutores do STF, como o ministro Moreira Alves, que, em entrevista à revista Consultor Jurídico, expressou a impressão de que com a TV Justiça houve uma supersaturação de visualidades:

ConJur — Hoje o Supremo tem muito mais visibilidade entre os cidadãos comuns do que há 20 ou 30 anos. Como o senhor avalia esse fenômeno? Moreira Alves — Isso decorre principalmente do televisionamento das sessões e da maior divulgação da atuação da corte pela mídia. ConJur — A dinâmica das sessões do Supremo mudou? Moreira Alves — Sim. A começar por decorrência da própria televisão. Os julgamentos se prolongaram pela extensão dos votos. Na minha época, eram menores. Hoje falam para aparecer mais na televisão. ConJur — Essa divulgação também mostrou que acontecem discussões na corte, muitas vezes discussões bastante acaloradas. Moreira Alves — Sempre houve discussão. Fui contra o televisionamento justamente para não dar a impressão de que a corte é uma arena de discussões, até acaloradas, dando o ensejo, aos que não têm trato com a Justiça, que elas são contrárias à postura da magistratura.¹¹²

Essa perspectiva pode ser encontrada em diversos outros autores, a observação do recorte que foi realizado, a partir do *corpus* (ações penais e inquéritos) poderá testar essa hipótese. De sorte que essa parte da pesquisa não trata de investigar os processos psicológicos internos dos magistrados. As preferências, representações sociais, etc., são aspectos que podem transparecer de suas manifestações e fazem parte de um núcleo indevassável, que constitui a liberdade e independência dos magistrados.¹¹³

¹¹² Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-ago-05/entrevista-jose-carlos-moreira-alves-ministroaposentado-stf?imprimir=1> último acesso 12/9/2015.

¹¹³ Antoine Garapon, por exemplo, afirma que “A ameaça que a mídia faz pairar sobre o embasamento simbólico da justiça pode revelar-se talvez mais perigosa que os atentados contra algumas liberdades públicas. O símbolo, na

Constitui outro prisma analisar se há a presença do auditório (Perelman, 1998, p. 181) ou da judicialização da opinião pública e do público no processo (Pires, 2004, p. 40), que pode ter sido amplificado pela veiculação da TV-Justiça. Identificar se tem ou não alguma influência relevante nesses processos decisórios (pelo aumento do tempo dos julgamentos ou em referências explícitas ao auditório externo). Trata-se, portanto, de outra categoria de problema jurídico, observada a partir de referencial externo ao sistema jurídico. Situado num outro plano de observação e verificável a partir da análise dos conteúdos dos acórdãos e dos vídeos dos julgamentos.

O estudo das argumentações jurídicas revela a importância da relação entre o orador, o emissor do discurso e o auditório - a quem é dirigido o discurso jurídico. A definição do auditório é uma questão de enorme complexidade na teoria da argumentação (Perelman, 2005, p. 22). No caso do Supremo Tribunal Federal, a partir da instalação da TV-Justiça e, sobretudo, a criação do canal no *Youtube*, o auditório da Corte, nos julgamentos do seu plenário, não pode ser determinado com exatidão.¹¹⁴

Em última análise, é uma decorrência do estudo a descrição da forma como o STF, organização social central, do subsistema social jurídico, observa os escândalos políticos midiáticos. A função de Corte criminal é uma característica bastante recente, considerada a história do Supremo Tribunal Federal. Raros casos eram submetidos a essa jurisdição.¹¹⁵ Essa realidade começou a se alterar, com a promulgação da Emenda Constitucional nº 35/2001, que extinguiu a necessidade de prévia licença da Casa legislativa respectiva, como condição de procedibilidade dos inquéritos e ações penais envolvendo parlamentares no STF.

O Plenário do STF sempre foi o órgão competente para o processamento e julgamento de parlamentares federais. Em razão da quantidade de processos criminais envolvendo esses parlamentares e da dificuldade em se ultimar esse tipo de julgamento, fez com que o STF, alterasse a competência e a transferisse para as Turmas.

O levantamento realizado mostrou que o Plenário do STF ficaria inviabilizado se continuasse a julgar todas as ações penais e inquéritos, em detrimento do julgamento de questões envolvendo grandes temas constitucionais, nem sempre envolvidos em escândalos midiáticos. Em 2014, por exemplo, o Plenário do STF proferiu 21 decisões em inquéritos e 41

verdade, distancia. Ora, a mídia abole as três distâncias essenciais em que se baseia a justiça: a delimitação de um espaço protegido, o tempo diferenciado do processo e a qualidade oficial dos personagens do seu drama social. Ela desloca o espaço judiciário, paralisa o tempo e destitui a autoridade.” (Garapon, 1999, p. 76)

¹¹⁴ “De fato, para a teoria da argumentação, o auditório não é definido como o conjunto daqueles que escutam um discurso, mas antes como o conjunto daqueles aos quais visa o esforço de persuasão.” (Perelman, 2000, p. 165-166)

¹¹⁵ Como foi o caso do julgamento do ex-presidente Collor, Ação Penal nº 307, em 13/12/1994.

em ações penais. A partir da alteração regimental realizada pela ER nº 49/2014 - que deslocou a competência para processar e julgar a maioria desses processos criminais para as Turmas – a Primeira Turma decidiu 35 inquéritos e 12 ações penais; e a Segunda Turma proferiu 21 decisões em inquéritos e 14 em ações penais.¹¹⁶ Uma simples observação da análise quantitativa, como será detalhada, revela o acerto dessa alteração normativa.

2. Análise da base de dados (*Corpus*)

A relevância do papel do Supremo Tribunal Federal – STF no subsistema criminal e na política criminal é demonstrada já na quantidade de processos que ele julga anualmente envolvendo infrações penais, não apenas nas ações penais e inquéritos originários, mas também no controle difuso de constitucionalidade – recursos extraordinários, basicamente -, e na apreciação da jurisdição constitucional das liberdades (*habeas corpus* e recursos ordinários em *habeas corpus*).

Na análise dessa quantidade devem-se levar em consideração as peculiares características do Supremo Tribunal Federal, as quais fazem com que a decisão dos temas e processos adquira a qualidade de poder servir de referência para outros casos assemelhados. O STF nos últimos cinco anos tem julgado em média 100 mil processos por ano. Desse universo, uma média de 87 mil processos anuais são julgados monocraticamente e em torno de 14 mil de forma colegiada. Pode-se inferir daí que o STF é uma Corte de decisões monocráticas, e que, portanto, necessita de precedentes, para com base neles decidir os demais casos.

Quantitativo anual de decisões monocráticas e colegiadas

	2011	2012	2013	2014	2015
Monocrática	89.074	77.975	75.907	97.358	98.876
Colegiada	13.095	12.089	14.107	17.070	17.752
Total	102.169	90.064	90.014	114.428	116.628

Fonte: Portal de Informações Gerenciais do STF em 31/12/2015.

Em relação aos órgãos julgadores a distribuição desses processos ficou assim:

¹¹⁶ STF estatística, Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=decisoeginicio> último acesso 23/2/2016

	2011	2012	2013	2014	2015
Primeira Turma	5.470	5.775	5.611	7.467	7.115
Segunda Turma	5.613	5.074	6.047	6.897	7.820
Plenário	1.866	1.129	2.379	2.615	2.735
Plenário Virtual	146	111	70	91	82
Total	13.095	12.089	14.107	17.070	17.752

Fonte: Portal de Informações Gerenciais do STF em 31/12/2015.

Distribuindo-se por matéria e órgão julgador pode-se observar o seguinte:

Decisões do Plenário do STF

	2011	2012	2013	2014	2015
Controle concentrado (ADI, ADC, ADO e ADPF)	115	38	51	181	130
Criminais	63	44	123	82	32
Demais classes originárias	648	256	1.089	958	452
Classes recursais	1.039	791	1.116	1.394	2.121
Total	1.865	1.129	2.379	2.615	2.735

Fonte: Portal de Informações Gerenciais do STF em 31/12/2015.

Uma análise da mudança regimental promovida em 2014 (ER 49/2014) produziu efetivamente o efeito de duplicar o número de julgamentos de ações penais e inquéritos apreciados pelo Tribunal, o que comprova um dos fundamentos da alteração regimental, a maior morosidade de julgamento no Plenário, em razão da quantidade e complexidade dos processos ali apreciados.¹¹⁷ De fato, até junho de 2014, o Plenário tinha proferido 21 decisões em inquéritos e 41 decisões em ações penais. Com a mudança regimental, somente a 1ª Turma julgou 35 inquéritos e 12 ações penais, enquanto a 2ª Turma proferiu 21 decisões em inquéritos e 14 em ações penais.

Processos Criminais Julgados pela Primeira Turma

¹¹⁷ Cujá manutenção no Plenário estaria na contramão da agilidade que conta, a partir da edição da Emenda Constitucional nº 45/2004, explicitamente, a razoável duração do processo judicial como um direito fundamental - art. 5º, LXXVIII, CF, “A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Criminais	2.010	2.011	2.012	2.013	2.014	2.015	2.016
AP					12	10	
Ext		8	14	19	19	24	
HC	719	642	714	816	582	380	7
Inq					35	26	2
PPE						2	
RHC	48	71	82	214	219	69	
Soma:	767	721	810	1.049	867	511	9

Processos Criminais Julgados pela Segunda Turma

Criminais	2.010	2.011	2.012	2.013	2.014	2.015	2.016
AP					14	16	1
Ext		18	8	16	11	28	1
HC	838	754	643	759	626	443	19
Inq					21	30	1
PPE					2		
RHC	60	60	67	228	234	125	2
Soma:	898	832	718	1.003	908	642	24

O universo de processos analisados é bastante reduzido em comparação com o volume de processos julgados anualmente por cada órgão do STF. De fato, constituiu um fator de complexidade a escolha dos processos a serem analisados ou confrontados para verificação das hipóteses levantadas. Ocorre, entretanto, que a natureza da pesquisa (qualitativa) a quantidade de processos não é fator primordial para a análise.

Várias consultas, ou *query's* foram feitas na Base de Dados de processos do STF, o que facilitou a obtenção dos dados que interessaram à pesquisa, que de outra forma demandaria muito mais tempo. Teve-se acesso também aos dados gerados pelos relatórios da Fundação Getúlio Vargas – FGV, “o Supremo em números.”¹¹⁸

As limitações da base de dados, que não permite muitas combinações de dados, relativamente ao conteúdo dos acórdãos e respectivos votos, dada sua característica peculiar de conglomerados de textos, sem uma classificação mais detalhada, como ocorre, por exemplo, com o *Supreme Court Database*, iniciado nos anos 1990 pelo professor Harold Spaeth, no qual é classificado cada voto de cada ministro da Suprema Corte americana, ao longo de 5 décadas.¹¹⁹

Destarte, a base dados do STF é a que está disponível e ela supre as necessidades, sem que seja feita uma exaustiva tarefa de “garimpagem”. Além do mais, dispõe o STF de um sistema interno de gravação de imagens das sessões, não apenas do Plenário, mas das sessões de julgamento das Turmas. Esse aplicativo denomina-se *NucleoView* e serviu de fonte importante para a análise e avaliação das imagens e fatos relativos aos julgamentos.

De um modo geral, a análise centrou-se predominantemente no aspecto qualitativo, pelo qual foram agrupadas as decisões judiciais segundo esse grande grupo temático (criminal); mas a análise quantitativa não foi descartada, ao focar os números de processos e decisões agregadas.

Constitui um desafio a análise desses dois aspectos da jurisprudência do STF (qualitativo/quantitativo) uma vez que muitas das decisões tomadas nas ações penais e inquéritos (onde a Corte revela sua faceta de tribunal “ordinário”) se restringem ao caso concreto, ou seja, levam em consideração as premissas fáticas do caso em exame, as quais não autorizam uma generalização, ou uma transcendência dos motivos determinantes¹²⁰ da decisão, nem muito menos a atribuição de uma força vinculante *erga omnes*.

¹¹⁸ Elaborados por Joaquim Falcão, Pablo de Camargo Cerdeira e Diego Werneck Arguelhes, disponível em Disponível em: <http://www.fgv.br/supremoemnumeros/publicacoes.html>, último acesso 3-8-2015.

¹¹⁹ Disponível em: <http://scdb.wustl.edu/about.php>, último acesso 20/8/2015.

¹²⁰ Muito embora haja precedentes do Plenário do STF determinando a transcendência dos motivos ou fundamentos determinantes da decisão jurisdicional, proferida no controle concentrado e abstrato de constitucionalidade, ou seja, eficácia vinculante transcendente (art. 102, § 2º, da CF, e art. 28, § único, da Lei nº 9.868, de 10.11.1999) que podem, quando houver contrariedade à decisão, ser fundamento para a propositura de reclamação perante o próprio Supremo (art. 102, inc. I, "I", da CF), como são exemplos os acórdãos: Rcl nº 9.428, rel. min. Cesar Peluso, DJ 25.6.2010; Rcl nº 2.363, rel. min. Gilmar Mendes, DJ de 1.4.2005; Rcl nº 2.143-AgR, rel. min. Celso de Mello, DJ de 6.6.2003; RCL nº 1.987, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ de 21.5.2004; Rcl nº 1.722, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 13.5.2005; Rcl nº 3.625- MC, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 8.11.2005; Rcl nº 3.291, Rel. Min. Cesar Peluso, DJ de 31.5.2005; Rcl nº 2.986-MC, rel. min. Celso de Mello, DJ de 18.3.2005; Rcl nº 2.291-MC, rel. min. Gilmar Mendes, DJ de 1.4.2003. Entretanto, mais recentemente, **o Plenário do STF tem negado esse efeito**, conforme se pode ver nos acórdãos da Rcl 3.294 AgR/RN, rel. min. Dias Toffoli, j. 3/11/2011 e Rcl 11477 AgR/CE, rel. min. Marco Aurélio, j. 29/5/2012.

Além disso, teve-se em consideração as chamadas “viradas” jurisprudenciais, que, num pequeno espaço de tempo, assumiam posições jurídicas diametralmente opostas às anteriores. Como foi o caso dos chamados recursos prematuros, em que eram interpostos recursos (agravos internos e embargos de declaração na sua maioria) antes da publicação do acórdão. O Tribunal não conhecia do recurso por “intempestividade”, tendo assim decidido em milhares de casos. Isso até o julgamento do *Habeas Corpus* 101.132, em que o STF passou a conhecer desses recursos precoces. É o caso também da recente decisão que trata do princípio constitucional da presunção de inocência ou de não-culpabilidade, previsto no art. 5º, LVII, o qual estabelece que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.” A partir do julgamento do *Habeas Corpus* nº 84.078-MG, em 5/2/2009, a Corte teve como inconstitucional a execução provisória da pena criminal, ao fundamento de que a Constituição garante ao acusado o direito de não sofrer os efeitos da condenação criminal, até que haja o trânsito em julgado da sentença condenatória, mesmo que haja interposto recurso desprovido de efeito suspensivo (extraordinário e especial).¹²¹ Essa decisão “revogou” uma jurisprudência antiga, muito antes da Constituição de 1988. Recentemente (17/2/2016), ao apreciar o *Habeas Corpus* 126.292, no entanto, o Plenário do STF voltou a entender que o início da execução da pena condenatória, após a confirmação da sentença em apelação, não ofende o princípio constitucional da presunção da inocência.

Outro caso, nesse mesmo sentido, que se avizinha, também de efeito contrário aos interesses dos réus, diz com a utilização dos maus antecedentes. É que o Plenário definiu que a existência de inquéritos policiais ou mesmo de ações penais condenatórias, sem trânsito em julgado, não podem ser considerados como maus antecedentes para fins de dosimetria da pena. A tese foi firmada pela Corte no julgamento do Recurso Extraordinário n. 591.054, com repercussão geral reconhecida, embora vários ministros tenham se manifestado, na ocasião, contrários a tese vencedora, causando certa perplexidade em razão de se alterar a “jurisprudência” antes mesmo de ela ser publicada.¹²²

¹²¹ Importantes fundamentos de política criminal encontram-se neste acórdão, e não apenas nos votos vencedores. Veja-se os votos vencidos dos ministros Ellen Gracie e Joaquim Barbosa, vinculando a concessão da ordem ao aumento da impunidade, respectivamente: “Ora, se a presunção de inocência é conquista democrática das mais valiosas, não há de decorrer que, da aplicação desse princípio, resulte a total inanidade da persecução criminal, a desvalia das sentenças mantidas pelo tribunal, o absoluto desamparo da cidadania de bem ante a prática criminosa e a corrosiva sensação de impunidade de nossa sociedade tanto ressentida”; “Adotar a tese de que somente com o trânsito em julgado da condenação poderia haver execução penal causará verdadeiro estado de impunidade. Não se trata de relegar a inoperância o princípio da presunção da inocência do acusado, mas se estará a velar pelo cumprimento provisório de provimento condenatório, já exaustivamente decidido nas instâncias ordinárias. Volto a frisar, as instâncias competentes para exame dos fatos. Ora, o princípio do estado de inocência não é absoluto e incontestável em nosso ordenamento jurídico; foi com base na sua ponderação que, por exemplo, esta Corte sempre entendeu e continua entendendo legítimos os institutos da prisão preventiva e da liberdade provisória.”

¹²² Tudo a corroborar com a observação dos autores do “STF em números” no sentido de que “Muitas vezes essas decisões expressam posições restritas apenas aos casos nos quais foram proferidas (...) uma tendência expressa em

2.1. Todos os julgamentos deveriam ser televisionados?

As transmissões dos julgamentos do Plenário do STF, realizadas pelo canal de televisão TV-Justiça, esteve no centro de um grande debate em torno da necessidade/utilidade dessas transmissões, as quais poderiam influir nos julgamentos, ou seja, o fato de ser transmitida a sessão alteraria a forma ou, *ipso facto*, o conteúdo das manifestações judiciais.

Diversos autores, como Gustavo Zagrebelski e Antoine Garapon, entre outros, são contrários a qualquer transmissão das sessões das salas de audiência. E deve-se notar que nos sistemas judiciais em que eles descrevem suas observações as deliberações, julgamentos propriamente ditos, são tomadas em salas secretas. Apontam como argumentos principais o risco de fazer prevalecer a lógica de um espetáculo estranho à justiça (Garapon, 1999, p. 89).

Configuraria um paradoxo do olhar público sobre a justiça, simultaneamente garantia e ameaça, condição da justiça e portador da injustiça, antídoto e veneno. Segundo Garapon, a publicidade e o distanciamento do público são duas forças antagônicas que se devem respeitar e que, se uma encontra a outra, a justiça estará fadada ao desaparecimento. (Garapon, 1999, p. 89)

Curiosamente, é feita uma distinção entre o “olhar despido” de assistir uma audiência presencialmente e o “olhar aparelhado” do telespectador da televisão, eles não significariam a mesma experiência: “É preciso desconfiar de uma superdefinição do processo, não pelo espetáculo, mas pela política, vindo os dois quase sempre juntos. O teatro judiciário é uma arma ambígua que deve ser manejada com prudência. Ela deve servir apenas à manifestação da verdade e nada mais.” (Garapon, 1999, p. 90)

Nesse caso, Garapon entende que haveria a dissolução das três instâncias essenciais em que se baseia a justiça: a delimitação de um espaço protegido, o tempo diferenciado do processo e a qualidade oficial dos personagens do seu drama social, ela irá deslocar o espaço judiciário, paralisar o tempo e destituir a autoridade judiciária. (Garapon, 1999, p. 76)¹²³ Com a transmissão das imagens dos julgamentos, ocorreria a prevalência no espaço jurisdicional da lógica do espetáculo: informar, divertir, vender. (Garapon, 1999, p. 79)

Segundo Antoine Garapon, há uma influência perniciosa da mídia nos magistrados em prejuízo dos acusados, em desrespeito à presunção de inocência, pois, segundo ele, “uma vez

um caso pode ser mitigada ou negada por outra linha jurisprudencial, e os padrões expressos no curto prazo podem discrepar das tendências de médio e longo prazo, entre outras variações possíveis entre os casos pontuais observados e o universo total de processos nos quais o tribunal se manifesta.” (Falcão, 2011, p. 8)

¹²³ “Cada órgão da imprensa, além de informar sobre o trabalho da justiça, adota o ponto de vista de uma das partes, pronto para mudar em caso de necessidade no decorrer do processo, revela aos leitores elementos de prova, antes mesmo que a justiça deles tenha conhecimento, analisa o trabalho de cada um e, finalmente, julga em lugar dos juízes.” (Garapon, 1999, p. 77)

que o olhar acaba por modificar o comportamento daquele que é observado. A mídia, interferindo ativamente no inquérito, influencia a decisão. Aliás, não se pode dizer que os juízes profissionais sejam menos sensíveis do que o júri à pressão da mídia.” (Garapon, 1999, p. 82)

De maneira que abrir o tribunal à mídia, segundo Garapon, tornaria a justiça mais sensível às influências externas, além de ter o processo que chegar a um fim, pois a finalidade da Justiça

é precisamente corrigir uma perturbação profunda causada “na fortaleza da consciência coletiva”, teria dito Durkheim, e interromper o ciclo da vingança pelo espetáculo catártico de uma violência deliberada e legítima. Essa função requer reconhecimento, precisamente aquele que a mídia lhe rouba. Com isso ela ameaça mergulhar todos nós no inferno kafkiano do processo perpétuo. (Garapon, 1999, p. 83)

No Brasil também há diversas posições contrárias ao televisionamento das sessões do Plenário do Supremo, sobretudo dos julgamentos de ações penais. O ex-ministro Eros Grau, por exemplo, entende que ela é injustificável, “uma vez que o magistrado não deve se deixar tocar por qualquer tipo de apelo, seja do governo, seja da mídia, seja da opinião pública. Tem que se dar publicidade à decisão, não ao debate que pode ser envenenado de quando em quando. Acaba se transformando numa sessão de exibicionismo.”¹²⁴ Perguntado se existe a possibilidade de o STF deixar de transmitir as sessões do Plenário ao vivo, respondeu que “isso só vai acabar no dia em que um maluco que se sentir prejudicado agredir ou der um tiro num ministro. Isso pode acontecer em algum momento. Até que isso aconteça, haverá transmissão. Depois não haverá mais.”¹²⁵

Há inclusive um Projeto em tramitação na Câmara dos Deputados (7004/13) de autoria do Deputado Vicente Cândido (PT/SP) que pretende proibir que a TV-Justiça transmita as sessões do Plenário do STF, ao fundamento de que “a maior ‘transparência’ implica muitas vezes cenas de constrangimento, protagonizadas pelos ministros em Plenário. Na verdade, as entranhas da Justiça é que estão sendo mostradas com sensacionalismo exacerbado por parte de alguns ministros em particular. Basta isso para que tenhamos uma espécie de desmoralização da nossa Corte Suprema.”¹²⁶

¹²⁴ Disponível em: <http://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,lei-da-ficha-limpa-poe-em-risco-o-estado-de-direito-imp-,589608> último acesso 15/10/2015.

¹²⁵ Idem. Em seguida, foi-lhe perguntado se em algum momento tinha sido abordado na rua dessa forma, ele respondeu: “Eu estava no aeroporto de Brasília com minha mulher, depois do julgamento da lei de anistia, e veio uma maluca gritando, dizendo: ‘aí, está protegendo torturador.’ Foi a única vez que me senti acossado.”

¹²⁶ Disponível em: http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=6596F98D1BCF74799960AD3123AC95B1.proposicoesWeb1?codteor=1214815&filename=PL+7004/2013 último acesso 12/2/2016.

De opinião semelhante, o Professor Dalmo de Abreu Dallari entende as veiculações das sessões do Plenário do STF devem ser eliminadas, porque interferem na independência do julgador,

a experiência que já se tem da transmissão ao vivo – ou, segundo a gíria dos meios de comunicação, da transmissão em tempo real – das sessões do Supremo Tribunal Federal deixa mais do que evidente que essa prática deve ser imediatamente eliminada, em benefício da prestação jurisdicional equilibrada, racional, sóbria, inspirada nos princípios jurídicos fundamentais e na busca da Justiça, sem a interferência nefasta de atrativos e desvios emocionais, ou de pressões de qualquer espécie, fatores que prejudicam ou anulam a independência, a serenidade e a imparcialidade do julgador.¹²⁷

Muito antes da implantação do Canal TV-Justiça, o professor Nilo Batista já chamava a atenção para os riscos envolvidos na superexposição de investigações criminais para um julgamento penal imparcial. (Batista, 2015, p. 15) Na medida em que favorece uma “executivização” das “agências de comunicação social”, (um *trial by the media*) na maioria dos casos executam impiedosamente os acusados, antes mesmo do julgamento pelo Poder Judiciário, impondo-lhes uma pena informal da infâmia “que faria morrer de inveja o mais feroz legislador do absolutismo.” (Batista, 1990, p. 138) De maneira que essas “agências” possuiriam o “formidável poder de apagar da Constituição o princípio da presunção de inocência, ou, o que é pior, de invertê-lo.” (Batista, 1990, p. 138)

O ministro Joaquim Barbosa, quando ainda era Presidente do STF, em palestra no Conselho Constitucional Francês,¹²⁸ afirmou que “a superexposição nas transmissões ao vivo contamina os julgamentos da corte”.¹²⁹ Todavia, lembrou que as transmissões reforçam a transparência do STF, mas haveria “brechas” nesse modelo, porque tende a favorecer a falta de objetividade dos ministros, além desse fenômeno da superexposição repercutir “na maneira como certos ministros deliberam e sobre o conteúdo de algumas decisões.”¹³⁰

Esse fenômeno é mais problemático, segundo Barbosa, nas sessões do Plenário, por ser palco das decisões mais importantes do STF, do que nas sessões das Turmas, cujas decisões, ou a maior parte delas, “nasce de consensos reais que resultam em decisões relativamente curtas e coerentes.” O problema dos “holofotes” sobre o tribunal decorreria também da forma como é realizada a cobertura jornalística dos julgamentos do STF, a qual privilegia as relações

¹²⁷ Disponível em: <http://jornalggn.com.br/noticia/as-transmissoes-ao-vivo-do-stf-por-dalmo-dallari> último acesso 10/12/2015.

¹²⁸ “L’influence de la publicité des délibérés sur la rationalité des décisions de la Cour suprême.”, realizada no dia 24/1/2014, “Sous le parrainage du Conseil constitutionnel.”

¹²⁹ <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/poder/149244-transmissao-de-sesoes-do-stf-afeta-julgamentos-diz-barbosa.shtml> último acesso 24/1/2016.

¹³⁰ Idem

personais entre os ministros, principalmente os atritos entre eles, do que o conteúdo das decisões. Assim, segundo ele, “o tribunal é de alguma forma uma vítima de seu próprio sucesso. Se a transparência é democraticamente desejável e essencial, é necessário combinar com decência e moderação. A decência dos jornalistas de se concentrar nas questões jurídicas e não nas questões pessoais. E a moderação dos ministros para que o colegiado triunfe sobre a individualidade.”¹³¹

Para o ministro Carlos Velloso a veiculação dos julgamentos deve ocorrer, mas após edição, na qual seriam retirados os excessos: “expor debates da corte na TV Justiça é excelente, mas depois de editados, como acontece com os grandes programas de televisão. Ao vivo, não me parece bom. A sociedade espera dos juízes comportamento moderado, equilibrado. Todavia, vale repetir, os juízes são seres humanos, não são anjos e estão sujeitos a exasperações nem sempre bem compreendidas pelo homem comum.”¹³²

Do outro lado da controvérsia, ou seja, defendendo as veiculações dos julgamentos do Plenário, tal como existem hoje, entre outros, estão o ministro Marco Aurélio - que defende que “não há espaço para obscurantismo. Em pleno século XXI, pretender voltar às cavernas é um retrocesso bárbaro”¹³³-, e o professor Gustavo Binbenbojm, para quem a

repercussão dos julgamentos desperta a cidadania e estabelece um diálogo profícuo com as demais autoridades políticas. Os ganhos em termos de transparência e legitimação das decisões têm compensado, plenamente, eventuais desgastes. Ao fim e ao cabo, discussões destemperadas podem ser evitadas com o apelo ao velho bom senso.¹³⁴

Como arremate, é inevitável a citação da comparação entre a Suprema Corte norte-americana e o STF, encontrada em muitas dessas observações sobre a aplicação do princípio da publicidade do julgamento. A sensação que se sente, quando se “assiste aos sons” das gravações de sessões realizadas pela Suprema Corte norte-americana, nos chamados “oral *argument*” – em que as partes defendem brevemente o “*case*” em contraditório com os membros da Corte e estão disponíveis no site daquela Corte – é de que falta algo. Fica-se imaginando as cenas, pela entonação de voz dos juízes e advogados, do ambiente, etc.

Claro que se trata de outra cultura, outra organização, inequivocamente mais formal que o STF. Segundo alguns, a Suprema Corte já teria dado um “grande passo” quando foram disponibilizadas em seu *site* as transcrições dos “*arguments*” em forma de texto, disponíveis

¹³¹ <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2014/01/1402581-supere Exposicao-contamina-julgamentos-no-stf-diz-barbosa.shtml> último acesso 24/1/2016

¹³² <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz0205200908.htm> Último acesso 23/5/2016.

¹³³ Idem.

¹³⁴ <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz0205200909.htm> Último acesso 23/5/2016.

para leitura no formato PDF,¹³⁵ e os áudios, em arquivos digitais - nos formatos MP3, *Windows Media e Realaudio 10*.¹³⁶

Confrontando, no entanto, essa particularidade das duas Cortes de Justiça, como fez Celso Roma,¹³⁷ na qual chamou a Suprema Corte americana de mundo secreto e o STF de “*reality show*”, verifica-se que os nove juízes da Suprema Corte americana teriam uma verdadeira aversão à exposição pública, e pouco se sabe como são deliberados os “cases”, muito menos o relacionamento entre eles (*justices*), daí se costumar dizer que aquele tribunal “é um mundo secreto” – “*secret world*.”¹³⁸

Obviamente que a comparação referida foi realizada tendo ainda em vista os notórios diálogos insólitos entre os ministros Joaquim Barbosa e Ricardo Lewandowski, por ocasião do julgamento da AP 470/MG. Mesmo assim, não se pode condenar a forma com que o STF divulga seus julgamentos, tendo unicamente esses lamentáveis episódios. Seria como menosprezar a janela em razão da realidade que ela revela.

2.2. Comparação dos julgados do Plenário e Turmas

Como foi indicado anteriormente, do conjunto de julgamentos do plenário do STF realizados a partir de 2002, apenas uma pequena parcela foi selecionada, cuja relevância pareceu ser mais apropriada para os propósitos da presente pesquisa, além da quantidade de recursos envolvidos numa empreitada mais ambiciosa. Em razão também da quantidade de dados envolvidos nessa pesquisa que poderia inviabilizar a análise qualitativa.

Como a maioria dos acórdãos dos julgamentos que formam a “base de dados” está disponível na rede *internet*, na página *web* do STF e as imagens também disponíveis no aplicativo *Youtube*, foram feitas apenas as indicações dos respectivos endereços *eletrônicos*, por se tratar de canal oficial do Supremo Tribunal Federal.

Conforme adiantado, procura-se observar como o STF realiza as observações de observadores – como as decisões são tomadas, as características fundamentais que fazem do

¹³⁵ Portable Document Format (PDF) é um formato de arquivo usado para exibir e compartilhar documentos de maneira compatível, independentemente de software, hardware ou sistema operacional, criado pela Adobe, é o software padrão para compartilhar documentos, em formato digital e aberto, mantido pela International Organization for Standardization (ISO).

¹³⁶ Disponível em: http://www.supremecourt.gov/oral_arguments/argument_audio.aspx última visita 3/1/2016.

¹³⁷ Disponível em: <http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,suprema-corte-americana-e-um-mundo-secreto-e-a-brasileira-e-um-reality-show,1065703> último acesso 5/12/2015.

¹³⁸ O jornalista Jeffrey Toobin do “The New Yorker” e CNN escreveu o livro “The Nine: Inside the Secret World of the Supreme Court”, revelou a complexa dinâmica entre os nove juízes da Suprema Corte, baseado em entrevistas que realizou com os juízes e seus assessores, mantendo o anonimato da fonte: “This book is based principally on my interviews with the justices and more than seventy-five of their law clerks. The interviews were on a not-for-attribution basis – that is, I could use the information provided but without quoting directly or identifying the source.” (Toobin, 2008, p. 415).

Plenário o local para discussão de temas relacionados com a aplicação do sistema punitivo. E também, como se comportaria essa organização central, em razão da alteração da competência para as Turmas, para julgamento de ações penais e inquéritos envolvendo parlamentares e outras autoridades detentoras de prerrogativa de função.

O percurso metodológico da análise confrontou os dados objetivos relacionados com o tamanho do acórdão com o tempo de julgamento. O elemento comum entre os processos é, além da presença de alguém que exerce algum cargo público que a Constituição Federal estabelece o foro por prerrogativa de função, algum escândalo político midiático, embora de graus variados. Em todos eles o STF seguiu o mesmo ritual de julgamento criminal, com a aplicação dos programas do sistema Jurídico-Penal (sistema punitivo), seja absolvendo seja condenando os acusados. Em todos eles o Tribunal, no Plenário ou nas Turmas julgadoras, apresentou fundamentos jurídicos importantes para a investigação, onde estão presentes os elementos necessários para o devido confronto entre eles.

O que se espera encontrar com o confronto é a presença de algum fator ou elemento que estabeleça a vinculação da decisão, forma ou conteúdo, de forma mais ampla, com o seu auditório. Nesse caso, confirmada a hipótese, a veiculação ou transmissão dos julgamentos pela TV-Justiça seria um fator comprovado de influência na decisão, o que justificaria as críticas daqueles que entendem que essa veiculação deve ser restringida.

É evidente que uma tão complexa gama de elementos presentes num julgamento, a maioria de enorme carga simbólica, não podem ser resumidos em poucos argumentos de análise, sem que haja uma considerável perda de chaves de análises fundamentais. Prefere-se descrevê-los em bloco e se ater aos aspectos antes indicados, mesmo porque não há apenas um, mas inúmeros métodos e múltiplos pontos de vista a considerar numa análise aprofundada de um julgamento como espetáculo. Além disso, inúmeros detalhes que, para um analista são importantes considerar, para outro, não têm a menor relevância.

Tendo presentes esses percalços, foi elaborado o Quadro 1, anexo, no qual se procura elencar esses processos selecionados – julgados pelo Plenário e Turmas - e que possuem as características necessárias para produzir o confronto, levando-se em conta o tamanho dos acórdãos – a quantidade de folhas que possui -, e o tempo de duração dos respectivos julgamentos - pois podem não ser equivalentes, ou seja, o tamanho de um acórdão não corresponder ao tempo gasto no julgamento. É o que se verificou após a captação dos dados e que foram transpostos para o Quadro 2, anexo.

2.3. Resultado da análise

Ao realizar a desconstrução desse problema, sob a forma de uma observação de segunda ordem, tal como fez Niklas Luhmann, na questão da admissão de homossexuais no exército norte-americano, (Luhmann, 1993, p. 764) aconteceu de ser lembrado um memorável episódio, ocorrido há muitos anos em Londres. Conta-se que o rei Charles II da Inglaterra (1630-1685) interessava-se muito pela ciência do seu tempo,¹³⁹ em particular por experimentos relativos à navegação, do qual tinha acurado conhecimento, e dava grande atenção na descoberta de tipos de madeira que melhor flutuassem e formatos mais adequados para permitir boa marinagem, etc. (Sutcliffe, 1976, p. 244).

Um dia, o rei Charles II formulou à Sociedade Real o seguinte problema: quando um peixe vivo é colocado numa bacia com água, o peso do recipiente, mais o da água e o do peixe não se altera. Entretanto, quando um peixe morto é adicionado à mesma bacia com água, o peso é exatamente igual à soma do peso da bacia, da água e do peixe morto. E o rei questionava o porquê desse fenômeno. Após muitas reuniões, onde inúmeras discussões e hipóteses foram levantadas e refutadas, algum membro da Sociedade, mais versado na doutrina de Aristóteles, que estabelecia, como regra geral, considerar o *an sit* de um fato (se ele existe), antes de proceder à investigação do *cur sit* desse fato (porque ele existe), sugeriu que a primeira assertiva do rei poderia estar errada. Antes de afirmar o porquê ou as razões da alegada diferença de peso, dentro d'água, entre peixe vivo e morto, deveria ser verificado se existia de fato essa diferença. Desse modo, feito o experimento, verificou-se que os pesos eram rigorosamente idênticos.¹⁴⁰ (Hamilton, 1859, p. 169-170) Desse modo, se deram conta que provavelmente o rei tinha lhes pregado uma peça.¹⁴¹

Assim, antes de concluir, *mutatis mutandis*, que a veiculação dos julgamentos pela TV-Justiça é a causa do aumento do tamanho dos votos, é necessário verificar se de fato houve esse aumento, ou, como os julgamentos deixaram de ser transmitidos, porque passaram a ser julgados pelas Turmas – onde não ocorre a transmissão das sessões -, se houve a diminuição deles.

¹³⁹ Charles II é considerado o patrono das artes e ciências, fundou o *Royal Observatory* e patrocinou a *Royal Society*, um grupo de cientistas cujos membros, no início, incluíam Robert Hooke, Robert Boyle e Sir Isaac Newton. (Sutcliffe, 1976., p. 244-245)

¹⁴⁰ “After much angry discussion, some members asserting the fact to be in itself notorious, and others declaring that to doubt of its reality was an insult to his majesty, and tantamount to a constructive act of treason, the experiment was made, when lo! to the confusion of the wise men of Gotham, the name by which the Society was then popularly known, it was found that the weight was identical, whether a dead or a living fish were used.” (Hamilton, 1859, p. 170)

¹⁴¹ Arthur Sutcliffe afirma que essa história é provavelmente fictícia, pois não se encontra menção desse fato em nenhum registro da *Royal Society*. É uma brincadeira dessa natureza feita pelo *Merry Monarch*, como era conhecido Charles II, ficaria registrado. Sutcliffe afirma que a Sociedade Real foi objeto de zombaria, por algum tempo, por parte de alguém que talvez não tenha conseguido ser membro dela, e que deve ter sido o criador desse episódio. (Sutcliffe, 1976, p. 245)

Em termos sistêmicos, o subsistema Jurídico-Penal produziria uma observação desses escândalos midiáticos, cuja semântica se identificaria com a racionalidade penal moderna, pela presença da judicialização do público no processo criminal. As decisões se tornariam maiores, para justificar, de alguma forma, as atividades da organização e do sistema Jurídico-Penal, na “salvaguarda da sociedade”. (Pires, 2004, p. 43)

A primeira consideração a ser feita, como resultado da análise empreendida, diz respeito ao equívoco de se considerar unicamente a quantidade de folhas do acórdão, como parâmetro exclusivo de análise. Ao tamanho do acórdão, hodiernamente, deve ser acrescido o tempo de julgamento, pois é muito comum que um julgamento seja extremamente curto, com menos de 10 minutos, por exemplo, e o acórdão possua mais de 50 laudas. Como também é possível encontrar um julgamento longo, com mais de 1 hora de duração, vários debates orais, e, ao final, em função de cancelamentos desses apartes e debates, o acórdão ter relativamente poucas folhas.

Analizando-se o *corpus*, constituído dos diversos processos selecionados (Quadro 1), o número de folhas dos acórdãos se mostrou enorme, mais de 100 laudas em média, enquanto o tempo gasto para o julgamento na sessão foi relativamente curto, alguns com menos de dez minutos. É o caso paradigmático da Ação Penal nº 560, julgada no dia 25/8/2015 pela Segunda Turma. Ao julgar improcedente a ação penal, para absolver os acusados, com fundamento no art. 386, III, do CPP, nos termos do voto do relator, a Turma levou 9 minutos e 45 segundos (começou 14:39:27 e terminou 14:49:12). (Quadro 2)

Analizando-se o vídeo desse julgamento, constata-se que o relator adiantou as conclusões do seu voto, como ocorre comumente em julgamentos sem grandes controvérsias, sem mesmo ler o relatório do processo. O dispositivo do voto foi no sentido da absolvição, induzindo os advogados defesa a desistirem das sustentações orais (que tem previsão de ser de 1 hora, para cada acusado).¹⁴²

Quanto aos demais julgamentos, a análise empreendida dos acórdãos que compõem o *corpus*, não se encontrou discrepâncias ou diferenças significativas entre a duração e o tamanho dos acórdãos e votos dos julgamentos das Turmas e do Plenário. A detida análise desses elementos sugere que o tamanho dos votos e a duração dos julgamentos possuem outra dinâmica. Dependem, em grande medida, da natureza controvertida ou não das questões jurídicas envolvidas, e não propriamente do auditório, ou da visibilidade de determinado caso.

¹⁴² RISTF, art. 245, V, podendo ser prorrogável pelo Presidente.

Ora, como da observação¹⁴³ do *corpus* não se encontrou diferenças nos tamanhos e na duração dos julgamentos que denotassem com clareza a dessemelhança, não há o fato, e, por isso, não tem porque se efetuar uma investigação escrupulosa de uma causa inexistente. Trata-se - a afirmação da existência de longos votos tendo como causa a transmissão pela TV-Justiça -, como se vê, de expressão de uma ideia que não corresponde aos dados empíricos da pesquisa e, portanto, de uma *ilusão de causalidade*. (Barberia; Blanco; Cubillas; Matute, 2013, p. 8)

É claro que essa conclusão se baseia nos dados empíricos colhidos. O *corpus*, construído em face dos objetivos da pesquisa, se restringe a ações penais julgadas de 2010 a 2015, pelo Plenário e Turmas. Uma comparação com extratos mais longos, ou seja, com um espectro temporal maior – incluindo, por exemplo, a Ação Penal nº 307, em que réu o ex-presidente Collor - seria, muito provavelmente, de pouca relevância prática, em face da substancial alteração das múltiplas variáveis envolvidas nessa comparação, como os elementos estruturantes da organização, os programas e os acoplamentos estruturais, sem contar as inúmeras alterações dos componentes da organização (sistemas psíquicos).

O *corpus* observado, ou melhor, a observação de como essas observações se produziram no *corpus* - acórdãos e imagens -, revelou, também, que a causalidade linear não constitui uma ferramenta adequada para descrever as observações dos escândalos políticos midiáticos realizadas pelo subsistema Jurídico-Penal, concebido como sistema autopoietico. Em termos sistêmicos, causalidade é a capacidade de um sistema usar acontecimentos que ele não pode produzir nem coordenar, ou seja, que não pode produzir nem coordenar na rede de sua própria autopoiesis. (Luhmann, 2007, p. 354-355) Isso significa que as causalidades são oportunidades, ou ocasiões, nas quais um sistema pode obter efeitos estruturantes, com a ajuda das operações próprias desse sistema, e, assim, ampliar sua capacidade de processar informações. (Luhmann, 2007, p. 355)

Uma noção estritamente linear da causalidade não leva em consideração a complexidade dos sistemas funcionalmente diferenciados, das organizações que o compõem, das premissas decisórias, da cultura organizacional, dos programas, etc., concluindo, utilizando-se do reducionismo, pela simplificação das inúmeras variáveis existentes, na relação mecânica entre uma causa e sua consequência hipotética, como se fossem os sistemas autopoieticos máquinas triviais de Heinz von Foerster.¹⁴⁴

¹⁴³ Como visto, os sistemas psíquicos e sociais desenvolvem suas operações sob a forma de *operações de observação*, que permitem distinguir o sistema mesmo do seu entorno – apesar de que a operação unicamente pode levar-se a cabo dentro do sistema; distinguem, em outras palavras, entre autorreferência e heterorreferência. (Luhmann, 2007, p. 28)

¹⁴⁴ “A trivial machine is defined by the fact that it always bravely does the very same thing that it originally did. If

De fato, a causalidade, assim concebida, pressupõe provavelmente um modelo *input / output*, como o mais adequado, ou seja, quando as relações do entorno estão dadas tão especificamente que sua transformação pode ser descrita como um cálculo matemático, ou como uma execução mecânica de alguma operação. Evidentemente, como já descrito, este não é o caso dos sistemas sociais funcionalmente diferenciados, nem muito menos das suas organizações. (Luhmann, 2010, p. 103) Esse é, aliás, um dos fundamentos porque a teoria dos sistemas autopoieticos adota, também, o modelo de fechamento operacional, elaborado por Maturana e Varela. (Luhmann, 2010, p. 103)

É necessário, destarte, aprofundar um pouco mais essa questão. Porque ela não se aplica apenas a alegada causalidade do tamanho dos votos dos acórdãos, que é a substância das observações do STF, como organização central, mas, também, a outros questionamentos, os quais presumem uma influência causal de outros sistemas sociais, ou organizações desses sistemas, no subsistema Jurídico-Penal como um fato.

Fundamentalmente, a influência desse tipo de modelo cognitivo continua arraigada na forma de se processar as informações e de se fazer juízos sobre os fenômenos da realidade social. Ela produz certa ilusão de causalidade, na medida em que faz supor uma relação de causalidade entre eventos que podem não estar relacionados, seja porque são independentes, seja porque sua ocorrência é simplesmente casual.¹⁴⁵

A finalidade do aprofundamento deste tema é observar as possibilidades oferecidas pela teoria sistêmica, nesse campo. De fato, Luhmann mostra como algumas dessas possibilidades foram desenvolvidas e exploradas no campo da teoria sociológica das organizações, particularmente na área da tomada de decisão. (Luhmann, 2010, p. 459-460) O estudo das organizações é, de fato, um campo fértil para a utilização do conceito de causalidade, em razão da multiplicidade das operações que elas realizam.

for example the machine says it adds 2 to every number you give it, then if you give it a 5, out comes a 7, if you give it a 10, out comes a 12, and if you put this machine on the shelf for a million years, come back, and give it a 5, out will come a 7, give it a 9, out will come an 11. That's what's so nice about a trivial machine." (Foerster, 2003, p. 309)

¹⁴⁵ "Interestingly, one phenomenon that is central to these unrealistic beliefs is the fact that people sometimes develop illusions of causality, that is, they perceive the existence of causal links between events that are actually uncorrelated. Our cognitive system has evolved to sensitively detect causal relationships in the environment, as this ability is fundamental to predict future events and adjust our behavior accordingly. However, under certain conditions, the very same cognitive architecture that encourages us to search for causal patterns may lead us to erroneously perceive causal links that do not actually exist. These false perceptions of causality may be the mechanism underlying the emergence and maintenance of many types of irrational beliefs, such as superstitions and belief in pseudoscience. These illusions could also be the basis of many types of group stereotypes and may promote ideological extremism hence contributing to intergroup conflict and suffering throughout the world." (Barberia; Blanco; Cubillas; Matute, 2013, p. 1)

O conceito de causalidade vem sendo desenvolvido à exaustão, desde os tempos da Grécia antiga até os nossos. Evidentemente, não existe, aqui, a preocupação de acompanhar a evolução histórica do seu conceito, mostrando por esse modo as construções e estratégias de sua aplicação pela ciência e pela filosofia em geral, e pelo o direito em particular. Entretanto, é possível conceber a causalidade, partindo-se de um conceito elementar, como a conexão entre duas coisas, em virtude da qual a primeira funciona como origem e a segunda é univocamente previsível em função da primeira. Essa é substancialmente a compreensão mais geral de causalidade, que serve de início da observação que se fará, a seguir. (Abbagnano, 1982, p. 117)

Luhmann, entretanto, propõe conceber a causalidade como um esquema de um observador, ou seja, como um *medium*, sobre o qual um observador delinea formas. O *medium* se constrói mediante os possíveis fatores causais (sempre, e ao mesmo tempo: causas e efeitos); as formas surgem ao distinguir o observador causas e efeitos, selecionar as causas ou efeitos que lhe são interessantes e acoplá-los concretamente. (Luhmann, 2010, p. 215)

Nesse sentido, os sistemas psíquicos, por exemplo, evoluíram para serem sensíveis às irritações do seu ambiente, na medida em que essa capacidade operativa é fundamental para predizer eventos futuros e, conseqüentemente, ajustar sua conduta de acordo com ela. Ocorre, entretanto, que, em determinadas circunstâncias, essa mesma operação, ou semântica cognitiva, que nos ajuda a identificar padrões causais, nos pode levar a perceber equivocadamente vínculos causais que não existem na realidade. (Barberia; Blanco; Cubillas; Matute, 2013, p. 1)

Dessa maneira, é possível identificar essa hipótese, de perceber por equívoco vínculos causais inexistentes, no resultado das observações realizadas no *corpus* e, possivelmente, possa também ser encontrada em outras observações semelhantes. Deve ser ressaltado que talvez o maior equívoco dessa percepção cognitiva é não realizar a observação do que ocorre quando a suposta causa está ausente, e sobrevalorizar os casos em que ela está presente. Quando não há a veiculação pela TV-Justiça dos julgamentos criminais, realizados nas Turmas, o tamanho das decisões e a duração dos julgamentos não diminuiram de modo significativo. Conclui-se, então, que o método experimental é uma maneira sistematizada eficaz de comprovar o que ocorre quando uma suposta causa se encontra presente e quando se acha ausente.

Essa observação de como as observações do sistema Jurídico-Penal foram produzidas conduz, ainda, a reconhecer os consideráveis benefícios da aplicação da teoria sistêmica, na medida em que contribui para diminuir a propensão para a adesão às ilusões de causalidades.

Com efeito, se os sistemas funcionais estão diferenciados como sistemas autopoieticos próprios, se segue que não se podem determinar uns aos outros, senão unicamente se podem irritar-se mutuamente, por intermédio dos acoplamentos estruturais. (Luhmann, 2010, p. 460)

Ora, os sistemas sociais, assim concebidos, são assim influenciados desde fora, porque dispõem internamente de opções de sim / não, portanto, oscilam em atenção a um futuro que ainda não é um fato. Também decorre diretamente disso que os seus estados não são determináveis desde fora, do seu ambiente. Se uma intervenção externa puder determinar uma variável determinada, isto só desencadearia outras oscilações sim / não no sistema considerado. (Luhmann, 2010, p. 460)

Luhmann concebe esse tipo de atuação “causal” de “causalidade desencadeante”, no qual a intervenção de uma causa provoca ou desencadeia uma reação. De modo que, se é certo que a aplicação de *causas desencadeantes* provoca algo, o resultado desse processo estará essencialmente determinado não por essas “causas”, mas pelo estado em que o sistema no qual elas foram aplicadas se encontre. Isso exclui a concepção de causa como *causa aequat effectum*.¹⁴⁶ (Luhmann, 2010, p. 461)

Além disso, unicamente os sistemas organizacionais podem atuar comunicativamente, não os próprios sistemas funcionais. Quando se diz que o sistema de comunicação influencia o sistema jurídico, na realidade, significa que as organizações daquele sistema, veículos de comunicação de massa, que produzem observações, irritam, ou pelo menos tentam, o sistema jurídico, seus órgãos. Assim, não há comunicação de um sistema que possa estar dirigida a outro sistema.¹⁴⁷ (Luhmann, 2010, p. 461)

Uma concepção de causalidade que se assemelha à teoria sistêmica, ou melhor, que é compatível com o nível de observação que ela proporciona, é o método “estímulo-reação”, desenvolvido por Gregory Bateson. Nesse modelo, ele defende que, na análise dos fenômenos, devem ser levados em consideração os processos internos (fisiológicos e cognitivos) dos sistemas envolvidos.¹⁴⁸

¹⁴⁶ Adagio da tradição filosófica escolástica, que estabelece que a causa há de ser ao menos igual ou superior ao seu efeito, mesmo estritamente, de acordo com Aristóteles, que a causa eficiente tem de manter certa semelhança formal com seu efeito; disso resulta que as causas eficientes e formais, em muitos casos, coincidem. (Mora, 1975, p. 273)

¹⁴⁷ Embora possa existir decisões absolutamente organizacionais, que mudam variáveis do sistema. (Luhmann, 2010, p. 461) As observações do STF (decisões) no controle de constitucionalidade são um bom exemplo desse tipo de decisão, quando declara inconstitucional, e.g., normas organizacionais de outros órgãos.

¹⁴⁸ Gregory Bateson, descrevendo os eventos relacionados com o termo “Dynamics”, através da Primeira Lei da Termodinâmica – lei da conservação da energia – diz que “quando uma bola de bilhar atinge outra, o movimento da segunda é energizado pelo impacto da primeira, e tais transferências de energia são o objeto central da dinâmica. Nós, entretanto, não estamos preocupados com as sequências de eventos que têm essa característica. Se eu chutar uma pedra, o movimento da pedra é energizado pelo ato, mas se eu chutar um cachorro, o comportamento do cão pode realmente ser, em parte conservativo - ele pode viajar ao longo de uma trajetória newtoniana, se chutei forte o suficiente, mas isto é mera física. O que é importante é que ele pode apresentar respostas que são energizados não pelo pontapé mas por seu metabolismo; ele pode virar e morder.” (Bateson, 1987, p. 234) Conclui ele que “isso, eu acho, é o que as pessoas querem dizer com magia. O reino dos fenômenos em que estamos interessados é sempre caracterizado pelo fato de que ‘ideias’ pode influenciar os acontecimentos. Para o físico, esta é uma hipótese

José Roberto Franco Xavier, analisando o caso do escândalo midiático em torno da construção do prédio do TRT em São Paulo, utilizou o método de Bateson na observação que realizou, ou seja, no estudo da conexão entre os diversos fatores externos ao sistema Jurídico-Penal, que constituem o seu ambiente - opinião pública, veículos de comunicação. Para ele, a superexposição de um caso criminal na mídia e a pressão que ela exerce sobre o sistema de direito criminal não podem ser tidas como causas exclusivas para as decisões dos magistrados, pois

O sistema é demasiado complexo para que uma reação possa ser explicada simplesmente pela pressão externa. Há todo um circuito interno no sistema, todo um conjunto de comunicações (manifestação das partes, elementos do processo, normas jurídicas, jurisprudência etc.) que tem de ser levado em conta para se explicar uma decisão jurídica. A pressão da mídia e da opinião pública em um caso criminal pode encontrar no sistema tanto um magistrado mais suscetível ao clamor público quanto um que lhe seja absolutamente refratário no momento de decidir. Essa mesma pressão pode ou não causar açodamentos no processo, o que pode, mais adiante, levar a nulidades que se mostram contrárias a uma pressão por (no mais das vezes) punição severa e rápida. Em resumo, pretender uma relação de influência causal direta entre pressões externas e decisões no âmbito do penal é simplificar e distorcer a complexidade do problema. (Xavier, 2014, p. 235)

Além desse problema epistemológico, uma questão, à primeira vista mais difícil, é a reflexão interna do sistema Jurídico-Penal, na forma de resistências ou na criação de obstáculos para a aceitação do clamor público nas decisões judiciais. Essa postura muito se assemelha com a concepção garantista penal, de contenção do sistema punitivo, como técnica de minimização da violência e maximização da liberdade, tal como elaborada por Ferrajoli. (Ferrajoli, 2014, p. 786) Os dados empíricos que Xavier utilizou – a partir de 42 entrevistas semiestruturadas com magistrados e membros do Ministério Público¹⁴⁹ –, lhe permitiram observar que “há uma construção interna dos operadores do direito de uma noção de democracia no âmbito do sistema jurídico que se opõe a uma visão de democracia (senso comum) de atendimento ao clamor popular.” (Xavier, 2014, p. 242)

Essa “reflexão interna” evidencia a independência do magistrado e a segurança jurídica como pressupostos fundamentais para uma representação da democracia da justiça criminal. (Xavier, 2014, p. 242) Naquele caso específico, inclusive, o juiz de primeiro grau considerou, paradoxalmente, que a grande exposição midiática do escândalo do TRT de São Paulo e o achincalhe público da imagem do réu – juiz Nicolau dos Santos Neto –, serviram de atenuantes,

grosseiramente mágica. É um fenômeno que não pode ser testado por meio de questionamentos sobre a conservação de energia.” (Bateson, 1987, p. 234)

¹⁴⁹ Utilizadas em sua tese de doutorado “La réception de l’opinion de l’opinion publique par le système de droit criminel”, obtida na University of Ottawa (Xavier, 2012).

em sentido diametralmente oposto ao “desejo” presente nas manifestações da opinião pública(da). (Xavier, 2014, p. 245)

Mas, superada essa questão epistemológica, a análise do *corpus* de acórdãos, julgados pelo Plenário e pelas Turmas do STF, proporcionou observar o impacto da mudança organizacional, na forma de transferência de parte significativa do trabalho Jurídico-Penal originário do STF para as Turmas (Emenda Regimental nº 49/2014) e, também, a identificação da semântica criminal presente nos referidos acórdãos.

Com relação à transferência da competência para as Turmas, do julgamento dos inquéritos e ações penais envolvendo parlamentares, é certo afirmar que não se tratou da idealização de um novo modelo, inteiramente diverso do anterior, o qual pudesse alterar significativamente a divisão do trabalho naquela organização central. Entretanto, essa transferência de competência promoveu inequivocamente novas dinâmicas organizacionais. (Machado, 2014a, p. 82)

Os órgãos fracionários do STF tinham características bem definidas, de tratar questões já apreciadas ou definitivamente consolidadas pelo Plenário – órgão nuclear da organização. Com o tempo, o STF transferiu a competência para processar e julgar processos originários para as Turmas, como forma de dinamizar seus julgamentos e, com isso, alterou a natureza desses órgãos julgadores, que abandonaram a característica de serem meros “replicadores de decisões do Pleno.” Trata-se de um novo arranjo institucional, em função da necessidade de dar curso aos processos criminais, premidos pelo tempo e pela quantidade, que de outra forma o Plenário não tinha como atingir.

A primeira consequência prática dessa transferência da competência para as Turmas foi a multiplicação dos processos criminais originários julgados pelo Supremo. E não há nenhum motivo significativo para entender que essa mudança regimental possa ter trazido algum prejuízo aos acusados. A concepção segundo a qual 11 ministros (*quorum* máximo do Plenário) vão julgar melhor do que 3 (*quorum* mínimo das Turmas) é um mito. E a prática tem demonstrado que esses mitos não sobrevivem a um confronto analítico. Ser condenado por 11 ministros não é sem dúvida mais relevante do que ser condenado por 3. Ser absolvido por 11 ministros não é mais relevante do que ser por apenas 3. A menos que se queira utilizar o resultado quantitativo, como certeza numérica, do processo penal para outra função. Entretanto, o que parece transparecer da observação é que há mais formalidades em função do próprio *locus* do Plenário, o órgão mais central da organização central do sistema jurídico, em relação às Turmas.

Antes desses julgamentos criminais – e em particular da Ação Penal nº 470/MG - é possível que houvesse representações de muitos operadores jurídicos de que o STF não “condena ninguém.” De fato, trata-se de uma avaliação negativa do funcionamento do sistema funcional Jurídico-Penal. Para quem acompanha os julgamentos dessa Corte, todavia, a realidade era bem outra.

A partir do julgamento da Ação Penal 409-CE,¹⁵⁰ (13/05/2010) na qual o Plenário do STF condenou o ex-prefeito de Caucaia (CE) e então deputado federal José Gerardo O. de Arruda Filho, por crime de responsabilidade (inciso IV do artigo 1º do Decreto-lei 201/67), seguiu-se uma série de observações (julgamentos) do STF a indicar o combate à corrupção e à impunidade.

De igual maneira foram as condenações seguintes dos então deputados federais José Fuscaldi Cesílio, mais conhecido como José Tatiko, na Ação Penal nº 516 (27/9/2010),¹⁵¹ (pena de 7 anos de reclusão e 60 dias-multa à razão de meio salário mínimo por dia); Natan Donadon (PMDB-RO) Ação Penal nº 396 (condenado à pena de reclusão de 13 anos, 4 meses e 10 dias, em regime inicialmente fechado, além de 66 dias-multa, pelos crimes de formação de quadrilha e peculato (artigos 288 e 312, CP); e Asdrúbal Mendes Bentes (PMDB-PA), Ação Penal nº 481,¹⁵² condenado à pena de reclusão de três anos, 1 mês e 10 dias, em regime inicial aberto, mais 14 dias-multa, no valor unitário de um salário-mínimo, pela prática do crime de esterilização cirúrgica irregular, previsto na Lei de Planejamento Familiar (artigo 15 da Lei 9.263/1996).

Em todos esses processos houve, em maior ou menor escala, escândalos políticos midiáticos, circunscritos, embora, ao contexto e a origem regional do condenado. Revelam, ainda, a conexão entre o subsistema social do direito e o sistema de comunicação, através das irritações produzidas reciprocamente. Aprofundando, no entanto, essas observações, constata-se a presença da racionalidade penal moderna em diversos desses acórdãos, sob a forma da judicialização do público no processo. Embora não tenham sido encontradas explícitas observações que remetem ao “clamor público”, ou à “opinião pública” ou que a “sociedade espera uma resposta à altura”, etc., (Pires, 2004, p. 51) é possível interpretar alguns fundamentos de decisão em que essas observações estão presumivelmente pressupostas.

¹⁵⁰ Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=Z66H_iKcf9U último acesso 23/1/2016.

¹⁵¹ Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=jx-3BobRIB8> último acesso 23/1/2016.

¹⁵² Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=z0C7ur6tE7w> último acesso 23/1/2016. Esse processo criminal tem a peculiaridade de envolver um crime eleitoral, captação de votos, em cuja manifestação o Ministério Público Federal invocou pela primeira vez perante o Plenário do STF a “teoria do domínio do fato”. De acordo com a acusação, no período entre janeiro e março de 2004, o então candidato a prefeito de Marabá – PA, deputado Asdrúbal Bentes, com o auxílio de sua companheira e sua enteada, teria utilizado a Fundação “PMDB Mulher” para recrutar eleitoras mediante a promessa de fornecer gratuitamente a realização de cirurgias de laqueadura tubária.

De fato, nos acórdãos julgados pelo Plenário, por exemplo, e que compõem o *corpus*, percebe-se que o STF foi rigoroso na apuração e condenação de condutas envolvendo de alguma forma crimes contra a administração pública (caso das Ações Penais nºs 396 e 409). Esse rigor pode ser identificado, por exemplo, nos fundamentos da dosimetria da pena, as quais se revestiram na quantidade de pena privativa de liberdade aplicada.

No caso da AP nº 396, por exemplo, o réu Natan Donadon foi condenado pelo delito de quadrilha, “independentemente de se apurar nesses autos a responsabilidade dos demais envolvidos.” (Fls. 68 do acórdão) Em virtude do desmembramento ocorrido nessa ação penal, os demais acusados foram condenados pelo Tribunal de Justiça de Rondônia. Ainda, assim, a maioria dos ministros entendeu estar configurado o delito, o que valeu a crítica do ministro Cezar Peluso, então Presidente do STF, de que, nesse caso, a Corte iria condenar o réu por presunção. (Fls. 104 do acórdão).

De certo modo, essa semântica se repetiu nos demais julgamentos de mérito dos processos selecionados, apreciados pelo Plenário. No caso do réu Asdrúbal Mendes Bentes (PMDB-PA), Ação Penal nº 481, impende observar que a presença dessa semântica criminal essencialmente punitiva se encontra já na própria ementa do julgado. Com efeito, diz o acórdão que

Fraude eleitoral que tem sido comumente praticada em nosso País, cometida, quase sempre, de forma engenhosa, sub-reptícia, sutil, velada, com um quase nada de risco. O delito de corrupção via de regra permite que seus autores, mercê da falta de suficiente lastro probatório, escapem pelos desvãos, em manifesta apologia do fantasma da impunidade, e com sério e grave comprometimento do processo eleitoral. Bem por isso, vem se entendendo que indícios e presunções, analisados à luz do princípio do livre convencimento, quando fortes, seguros, indutivos e não contrariados por contraindícios ou por prova direta, podem autorizar o juízo de culpa do agente. (Folhas 2 do acórdão da AP nº 481)

Esse réu foi condenado pela prática de esterilização cirúrgica irregular - “laqueadura tubária” - (art. 15 da Lei nº 9.263/96), cuja pena restou fixada para “3 (três) anos, 1 (um) mês e 10 (dez) dias de reclusão e a 14 (quatorze) dias-multa, de valor unitário equivalente a 1 (um) salário mínimo, sob regime aberto, que será disciplinado na execução”. Isso porque os demais delitos que lhe foram imputados e ao final reconhecidos pelo Plenário - formação de quadrilha ou bando (art. 288 do Código Penal), estelionato (art. 171, §§ 1º e 3º, do Código Penal), e corrupção eleitoral (art. 299 do Código Eleitoral) - em razão da pena *in concreto*, foram declarados prescritos.

Ora, como ressaltado, a presença do público no processo criminal pode-se dar não apenas explicitamente, na invocação de expressões que sugerem o real destinatário da observação, mas

também essa participação pode se dar de maneira oblíqua ou indireta. Isso ocorre quando os tribunais se atribuem a função de “orientar o público”, “guiar a opinião pública”, (Pires, 2004, p. 51) ainda que na intenção de desmistificar uma suposta imagem dele próprio, uma auto-observação, vinculada com a não punição de crimes. No caso, parece certo afirmar que a fundamentação das condenações do réu teve também como pressuposto afirmar certa representação criminal da Corte, comprometida com a aplicação rigorosa da lei penal, para dissuadir o crime e reforçar a moralidade das pessoas honestas, etc. (Pires, 2004, p. 42)

Na Ação Penal nº 516, o réu José Fuscaldi Cesílio foi condenado pelos crimes de apropriação indébita previdenciária e sonegação de contribuição previdenciária (inciso I do § 1º do art. 168-a e inciso III do art. 337-a, ambos do código penal), inicialmente, à pena de 7 anos de reclusão e 60 dias-multa à razão de meio salário mínimo por dia. Nesse caso, também se evidencia uma aplicação rigorosa da lei penal. Nitidamente a Corte, inicialmente, adotou uma semântica eminentemente punitiva. Em alguns casos, inclusive, inverteu aparentemente o princípio da dúvida.

Em primeiro lugar, afastou a possibilidade da ocorrência da prescrição em tese, porque o réu faria aniversário no dia seguinte ao da sessão de julgamento, e, com isso, completaria 70 anos, circunstância que atrairia a contagem do prazo de prescrição pela metade (art. 115 do Código Penal).¹⁵³ (Fls. 7 do acórdão da AP nº 516).

Surgiu, então, nos embargos de declaração opostos pelo réu, uma situação curiosa, que inclusive suscitou o empate na votação, a envolver a questão da prescrição da pretensão punitiva, em face da pena aplicada, do marco interruptivo da prescrição: se da data da sessão de julgamento em que ele foi condenado ou se da publicação do acórdão do DJE, bem como a extinção da punibilidade pelo pagamento do débito fiscal, antes da publicação do acórdão condenatório. Finalmente, colhido o voto de desempate do ministro Celso de Mello, o Plenário acolheu os embargos de declaração e declarou extinta a punibilidade do embargante, em virtude do pagamento do débito tributário (Lei nº 11.941/09, artigo 69), bem como para declarar extinta a punibilidade do acusado, em razão do transcurso do prazo da prescrição da pretensão punitiva do Estado, na modalidade retroativa, nos termos do artigo 110, §§ 1º e 2º, do Código Penal, nos termos do voto do ministro Luiz Fux.¹⁵⁴

O julgamento dos embargos de declaração teve a função de rever a condenação do réu. Tivesse o Plenário mantido o acórdão recorrido, não restaria dúvida da interpretação mais

¹⁵³ “Art. 115 - São reduzidos de metade os prazos de prescrição quando o criminoso era, ao tempo do crime, menor de 21 (vinte e um) anos, ou, na data da sentença, maior de 70 (setenta) anos.”

¹⁵⁴ Restaram vencidos os ministros Ayres Britto (Relator), Teori Zavascki, Rosa Weber, Cármen Lúcia, que proferiu voto em assentada anterior, e Joaquim Barbosa (Presidente).

rigorosa dos programas do sistema Jurídico-Penal, na qual se adotaria uma interpretação mais gravosa ao réu, numa espécie de analogia *in malam partem*. Todavia, a maioria da Corte inverteu essa tendência, em sentido diametralmente oposto, cujo substrato pode ser identificado como a semântica do garantismo penal, na qual se procura minimizar a violência do sistema penal, na diminuição do sofrimento imposto pelas normas penais. (Ferrajoli, 2014, p. 38)

A realização da observação do *corpus*, ou seja, a observação de como a organização central do sistema Jurídico-Penal realizou suas observações, não tem evidentemente a intenção de realizar uma descrição minuciosa e enfadonha de todos os acórdãos julgados, ainda que sob a forma de *flashback*. Um último acórdão desse *corpus*, que merece ser observado, relaciona-se à Ação Penal nº 563, julgada pela Segunda Turma, tendo como réu o ex-deputado Protógenes Pinheiro de Queiroz.¹⁵⁵

Nessa ação penal, que tramitou no STF em segredo de justiça, discutiu-se um curioso caso de violação de sigilo funcional e fraude processual, artigos 325, *caput*, e 347, parágrafo único, ambos do Código Penal. Contou o relator, na sessão pública destinada a apreciação deste caso, que os réus, um delegado e um escrivão da Polícia Federal, comunicavam a jornalistas da Rede Globo, inclusive pedindo ajuda para a realização de filmagem de reunião em um restaurante paulista entre pessoas envolvidas em fatos sob apuração criminal, bem como comunicação à imprensa da realização de diligências policiais no dia do desencadeamento da assim denominada “Operação Satiagraha”.

Sustentou oralmente o Ministério Público Federal que os réus, principalmente o primeiro deles, armavam um “circo” em torno das apurações e investigações criminais, conduzidas pela Polícia Federal, na cidade de São Paulo, de maneira que a imprensa, nomeadamente jornalistas da Rede Globo, sabia de antemão o local das referidas operações, e a transmitiam como “furo de notícias”, quando na realidade havia uma conexão entre eles, comprovada, segundo apurou as investigações e a sentença condenatória – a ação penal foi remetida ao STF, em face da diplomação de um dos acusados no cargo de deputado federal, na condição de apelação criminal, e nessa condição, inclusive, foi julgada.

Condenados em primeira instância, em razão da diplomação do delegado como deputado federal o processo foi remetido ao STF, competente para processá-lo e julgá-lo. A Turma deu parcial provimento à apelação do art. 325, § 2º, do Código Penal, substituída por duas restritivas de direito, mantida a perda do cargo público.

¹⁵⁵ Ao processo foi decretado o segredo de justiça, de modo que foram publicadas apenas a ementa e o extrato de ata do acórdão. As referências feitas nessa pesquisa se referem aos dados lidos pelo relator na sessão de julgamento e resumos e transcritos pelo autor.

Luigi Ferrajoli, estudando a função da publicidade do processo, observou que havia um conúbio híbrido entre segredo e a repercussão midiática das investigações criminais, sempre em desfavor do acusado. Haveria uma relação ambígua entre os órgãos voltados à persecução criminal e os *mass media*, de modo que os rumores e indiscrições sem controle, na fase investigativa, são explorados pelo sistema de comunicação. (Ferrajoli, 2014, p. 569)

É o que provavelmente se verificou na Ação Penal nº 563. Segundo se apurou, um agente público incumbido, ou melhor, que atuou na investigação preliminar, se utilizou dessa condição e a explorou midiaticamente, de modo a criar, segundo a acusação, uma representação social em torno de sua personalidade, identificada com o combate à corrupção, “um paladino da justiça”, etc.¹⁵⁶ A observação da observação de observadores realizada pela Segunda Turma do STF identificou aquele conúbio híbrido de que fala Ferrajoli, entre segredo da investigação criminal preliminar e a sua repercussão midiática. Haveria, assim, interesses mútuos, o agente público aumenta seu “capital” social com a repercussão da investigação e os meios de comunicação de massa a exploram sob a forma de escândalo midiático.

O STF, ao realizar a observação de segunda ordem nesse caso, condenou essa prática entre mídia e investigação criminal, mantendo a sentença de primeiro grau, na qual observou o desvio ou a violação de norma que obriga a manutenção do sigilo das investigações.

Enfim, essas observações realizadas direcionaram a perspectiva para amplos aspectos do subsistema jurídico, que se mostrou como um sistema de alta complexidade. De certo modo, além de desconstruir a observação de que o televisionamento das sessões amplia o tamanho dos votos e acórdãos identificou, como semântica criminal, a racionalidade penal moderna nos acórdãos observados.

É claro que as funções realizadas pelos sistemas sociais somente eles são capazes de realizar. Os sistemas sociais são descritos como autorreferentes, ou seja, eles constroem as ações que os constituem por si mesmos. (Campilongo, 2012, p. 73). De modo que nenhum sistema realiza as funções dos outros. Como se viu, no caso do subsistema funcional do direito, sua função é a de manter a generalização das expectativas normativas.¹⁵⁷ Essa função parece ter sido realizada nas observações empreendidas.

¹⁵⁶ Semelhante à figura popularmente conhecida como o “Japonês da Federal”, objeto de marchinha de carnaval.

¹⁵⁷ “The function of the legal system may be defined as producing and maintaining counterfactual expectations in spite of disappointments.” (Luhmann, 1992, p. 1426) Também, “As expectativas normativas processadas pelo direito estão atreladas a limites de variedade normativa (constitucionalidade, legalidade, procedimentalização e institucionalidade de competências decisórias), codificação comunicativa específica (conformidade/desconformidade face ao direito) e programas de comunicação do tipo condicional (hipótese/consequência; se/então; ilícito/sanção) que lhes permitem encontrar no sistema jurídico – e apenas nele –

Os meios de comunicação de massa fazem a crítica da sociedade e também dos sistemas funcionais. Denunciam corrupções, desvios de recursos públicos, e outras condutas que podem gerar escândalos midiáticos. Enfim, eles dão dimensão pública a questões políticas. (Aldé; Vasconcellos, 2008, p. 61) O STF observa essas observações e admite ou não, como irritações, segundo sua lógica interna, e as transforma em outras observações. De igual modo, essa organização central provoca irritações no sistema de comunicação. Seja pelas observações que realiza, não coincidente com aquelas presentes nas expectativas do sistema de comunicação, seja também por não necessitar mais veicular suas observações exclusivamente por aquele subsistema, pois possui seus próprios meios de difusão (TV-Justiça, Rádio Justiça e canais na *internet*).

A grande questão envolvida em torno da presença do público ou da opinião pública no processo criminal é a real possibilidade de ocorrer a desdiferenciação funcional dos sistemas parciais.¹⁵⁸ Um sério risco ou perigo estrutural para a sociedade organizada em sistemas parciais. De fato, Luhmann, desde os seus primeiros escritos – “Os direitos fundamentais como instituição” (Luhmann, 2010a) já assinalava que é hipótese salutar pressupor que numa ordem social diferenciada funcionalmente o problema da existência do ser humano no mundo se soluciona de maneira mais efetiva do que nas ordens sociais não diferenciadas. (Luhmann, 2010a, p. 309)¹⁵⁹

A diferenciação funcional, como se procurou descrever, é concebida como um processo de desenvolvimento, na qual se ordena comportamentos de determinadas funções na sociedade, possibilitando desenvolvimentos subsequentes. Para Luhmann, a diferenciação funcional substitui a estrutura de quadros (rol) em que todas as funções indispensáveis da sociedade

os enlaces comunicativos capazes de tratá-los funcionalmente. Daí emerge a função do direito: ‘generalização congruente de expectativas normativa’.” (Campilongo, 2012, p. 73)

¹⁵⁸ “Ao transformar o direito e o processo numa produção de truques, montagens e enquadramentos que visam somente à audiência, a mídia se expõe ao risco de contribuir para a substituição da lógica das decisões judiciais pela lógica das sondagens de opinião pública. A análise das estruturas do direito e das funções da comunicação jurídica permite identificar os limites e as possibilidades desse sistema. Se a comunicação jurídica pretende ir além das suas fronteiras – por exemplo, decidindo de acordo com a voz das praças, e não com os instrumentos do direito –, perderá consistência e especificidade. Se a mídia, ao tematizar o sistema jurídico, avocar o papel de justiceira, decepcionará a audiência. É bom que cada parte observe a outra com os próprios olhos.” (Campilongo, 2011, p. 161)

¹⁵⁹ “Correspondientemente la sanción histórica efectiva de los derechos fundamentales sólo proviene de manera visible de la jurisdicción. Detrás de eso se esconde el peligro de una regresión a un sistema social situado en una fase más baja, de un desarrollo menos diferenciado. Los derechos fundamentales no necesariamente tienen que darse —y puede discutirse hasta el infinito si deben existir. Su derecho a existir no se debe a que puedan vincularse a valores últimos —ya que los valores no están en relación con la capacidad de verdad y hay, en el orden societal, suficientes valores que no se expresan en derechos fundamentales. En el plano de los valores no puede entablarse una discusión razonable con el mundo oriental, que se las arregla sin derechos fundamentales. Para ello la teoría de la diferenciación social puede prestar una base idónea. Es hipótesis científica saludable presuponer que en los órdenes sociales diferenciados el problema de la existencia en el mundo del ser humano se soluciona de manera más efectiva que en los órdenes sociales no diferenciados. Y si la diferenciación se sostiene en la altura a la que actualmente ha llegado, los derechos fundamentales —o equivalentes funcionales todavía no descubiertos— son necesarios.” (Luhmann, 2010a, p. 309)

realizam-se de maneira mescladas e, por isso, com menos efetividade. (Luhmann, 2010a, p. 310) A análise histórica empreendida, a partir da experiência alemã e europeia, ensina que os desenvolvimentos parciais são instáveis, a economia se apoia nos desenvolvimentos da política, que se apoia na estabilização abstrata das expectativas de comportamento - função do subsistema jurídico -, e assim sucessivamente. (Luhmann, 2010a, p. 310-311)

Além disso, deve-se observar que essa concepção diferenciada das funções da sociedade constitui uma construção eminentemente contrária ao totalitarismo, ao “Estado Total”, cujo conceito muito se assemelha ao de desdiferenciação. De maneira que o perigo dessa desdiferenciação, isto é, o perigo de politizar toda a “idiossincrasia da comunicação” se encontra implicado na emancipação social e no postulado da autonomia do sistema político. (Luhmann, 2010a, p. 24) E, com isso, a manutenção da diferenciação funcional necessita de instituições corretivas e bloqueadoras que oponham a esse perigo, como a divisão de Poderes, ou no caso alemão a doutrina constitucional que concebe os direitos fundamentais no centro da concepção de Estado.¹⁶⁰ (Luhmann, 2010a, p. 100)

Como ressaltado, a democracia, para desenvolver suas possibilidades, necessita de elevadas possibilidades de escolha, que é propiciada pelos sistemas parciais, diferenciados funcionalmente. (Campilongo, 2011, p. 175) O problema da desdiferenciação do subsistema jurídico é que ele contribui para a perversão da democracia, e essa é, aliás, uma característica de efeitos cruéis das sociedades periféricas da modernidade. (Campilongo, 2011, p. 183)

Destarte, a observação do *corpus* propiciou uma inequívoca ampliação dos horizontes cognitivos, tanto pela desconstrução das ilusões de causalidade, quanto pela identificação da semântica identitária criminal adotada, cuja compreensão certamente será complementada com o Estudo de Caso – Escândalo Político Midiático do “Mensalão”.

¹⁶⁰ “Una versión así de los derechos fundamentales —como institución que preserva un orden diferenciado de la comunicación— sólo se hará aceptable cuando se valore con justeza lo que significa la comunicación entre seres humanos. La comunicación es el proceso social elemental de la constitución de sentido en el contacto entre seres humanos, sin ella serían impensables tanto las personalidades como los sistemas sociales.” (Luhmann, 2010a, p. 101)

Hino de Duran

*Se tu falas muitas palavras sutis
E gostas de senhas, sussurros, ardis
A lei tem ouvidos pra te delatar
Nas pedras do teu próprio lar
Se trazes no bolso a contravenção
Muambas, baganas e nem um tostão
A lei te vigia, bandido infeliz
Com seus olhos de raio-x
Se vives nas sombras, frequentas porões
Se tramas assaltos ou revoluções
A lei te procura amanhã de manhã
Com seu faro de dobermann
E se definitivamente a sociedade só te tem
Desprezo e horror
E mesmo nas galeras és nocivo
És um estorvo, és um tumor
A lei fecha o livro, te pregam na cruz
Depois chamam os urubus
Se pensas que burlas as normas penais
Insuflas, agitas e gritas demais
A lei logo vai te abraçar, infrator
Com seus braços de estivador*

(Chico Buarque)

CAPÍTULO 4 – ANÁLISE DO ESTUDO DE CASO – AP 470/MG

O julgamento do escândalo político do “mensalão” se refere a um caso singularíssimo, em que os acusados/condenados não são os clientes habituais do sistema criminal:¹⁶¹ são empresários, executivos, parlamentares, uns poucos auxiliares (secretárias e assessores), em cujo processo criminal as provas apontam desvios de vultosas verbas públicas. Verdadeiramente, um excelente enredo a ser explorado pela imprensa de massa. Além disso, os principais elementos desse caso foram selecionados em função da sua relevância para o estudo que foi empreendido.

Obviamente, descrever esse caso com toda exatidão e minúcia seria de todo inútil, não se trata de um retrato ou de uma descrição de sutilezas anódinas, sob a forma de um *flashback*. Todavia, existem pormenores neste caso que podem servir para ressaltar elementos semelhantes, presentes em outros escândalos apreciados pelo STF.

1. O Escândalo Político Midiático do “Mensalão”

O Escândalo Político Midiático, popularmente denominado de “Mensalão”, (Ação Penal 470-MG) foi o maior julgamento da história do Supremo Tribunal Federal – STF. Sua escolha, como estudo de caso, se deve, entre outros fatores, por ele se constituir num exemplo típico de como um único processo pode demandar as atividades de uma Corte inteira, praticamente monopolizando as suas principais atividades por mais de 6 meses. De sorte que não se trata de um simples estudo de caso.¹⁶²

A desconstrução¹⁶³ que se procurará realizar, sob a influência da concepção sistêmica (Luhmann, 1992, p. 1421), revela a complexidade que este julgamento assumiu. Os sistemas funcionalmente diferenciados, presentes no fenômeno, são eles mesmos revestidos de enorme complexidade – seja considerando-se complexidade como a totalidade dos acontecimentos que se deram no fenômeno, ou como um conceito de observação e descrição, ou seja, “contando com a necessidade da presença de um observador de segunda ordem.” (Baeta Neves; Neves, 2006, p. 190)

¹⁶¹ Como se sabe, o sistema penal é seletivo e geralmente apreende os setores mais vulneráveis da sociedade e não os que ocasionam maior dano social. Eis porque esse Caso assume, por ser exceção, um caráter também peculiar.

¹⁶² Tudo parece ter sido exagerado nesse caso. Somente a Ação Penal – excluindo-se, portanto, o Inquérito nº 2.445, e as Execuções Penais - foram registradas 1.817 petições; 953 peças processuais; 4.478 textos (decisões e despachos processuais); 246 comunicações e 93 acórdãos. http://intranet/sistema_consulta AP 740_estatística.

¹⁶³ “But my intention is to prepare the ground for understanding the concept of operational (or systemic) closure, and I have to deconstruct all kinds of epistemological obstacles first so that you may see the point. We could take the route of Ferdinand de Saussure and Jacques Derrida, or George Spencer Brown, and follow the injunction to always start with difference and not identity, with distinction and not unity.” (Luhmann, 1992, p. 1421) Também, “What I saw (and I may well have seen things that were not shown) may serve as introduction to the rather difficult and, if I may say so, postconceptual topic of deconstruction and second-order observing.” (Luhmann, 1993, p. 763)

Não é exagero afirmar que se trata de vários casos num mesmo julgamento. Diversos crimes e réus, em várias áreas da sociedade: político, financeiro, publicitário. Inúmeras questões de ordem, envolvendo intrincados problemas jurídico-penais, dos quais esse caso é prodigalíssimo de exemplos. Não é sem razão que o Procurador-Geral da República dividiu a denúncia em vários núcleos, numa tentativa de estruturar a acusação.

O escândalo foi deflagrado em 14 de maio de 2005, a partir da divulgação pela revista *Veja* de uma gravação de vídeo, na qual um dos interlocutores, fazendo-se passar por um empresário interessado em negociar com a Empresa de Correios e Telégrafos – ECT, entrega certa quantia ao então funcionário da ECT, Maurício Marinho, o qual dizia ter autorização do deputado federal Roberto Jefferson (PTB-RJ). A divulgação do vídeo teve enorme repercussão midiática, assumindo rapidamente a expressão de um escândalo político. O Congresso Nacional não demorou a instalar uma Comissão Parlamentar Mista de Inquérito – CPMI, para investigar o caso.¹⁶⁴

No vídeo, Maurício Marinho revela em detalhes a existência de um esquema de corrupção no governo, envolvendo diversas autoridades do governo federal. As relações entre Maurício Marinho e Roberto Jefferson figuraram no centro do noticiário pelas denúncias que atingiram a Empresa de Correios e Telégrafos - ECT, estatal que tinha indicados do partido de Jefferson (PTB) em seus quadros.

Em entrevista ao jornal *Folha de São Paulo* de 6/6/2005, Roberto Jefferson revelou o que chamou de um “mensalão”, um esquema de corrupção no governo Lula, no qual congressistas da “base aliada” recebiam a quantia de R\$ 30 mil mensais do tesoureiro do Partido dos Trabalhadores - PT, Delúbio Soares, em troca de apoio parlamentar ao governo.

Paralelamente, em face das investigações do Departamento de Polícia Federal – DPF demonstrarem a existência de possíveis indiciados com prerrogativa de função, cuja competência para processar e julgar é do Supremo Tribunal Federal, a Justiça Federal de Minas Gerais encaminhou ao STF os autos da investigação, a qual foi autuada como Inquérito, em 26/7/2005, sendo distribuído ao ministro Joaquim Barbosa em 1º/8/2005.

O relatório final da CPMI da “compra de votos” foi aprovado em 5 de abril de 2006, recomendando aos órgãos do Ministério Público Federal (MPF), Polícia Federal, Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF), Receita Federal e Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional (DRCI) aprofundar as investigações, para tanto

¹⁶⁴ Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/84897> último acesso 24/1/2016.

lhes enviando cópias das apurações realizadas pela CPMI, acrescidas de auditoria do Tribunal de Contas da União.¹⁶⁵

A Composição do STF

O STF teve ao longo do julgamento do EPM do “Mensalão” diversas composições. A primeira delas, que apreciou a Questão de Ordem sobre o desmembramento da investigação¹⁶⁶ – e que terá enorme importância por suas consequências para os réus e para a organização do julgamento – era formada pelos ministros: Ellen Gracie (Presidente), Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Carlos Britto, Joaquim Barbosa, Eros Grau, Ricardo Lewandowski e Cármen Lúcia.

Na sessão de julgamento do Plenário destinada a apreciar o recebimento da denúncia (28/8/2007) a composição do STF era a mesma, exceto pela ausência de Sepúlveda Pertence que se aposentou, ou seja: Ellen Gracie (Presidente), Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Carlos Britto, Joaquim Barbosa, Eros Grau, Ricardo Lewandowski e Cármen Lúcia.

Durante a instrução, Eros Grau se aposentou sendo substituído por Luiz Fux. No julgamento do mérito da Ação Penal, a composição da Corte era inicialmente formada pelos ministros: Carlos Britto (Presidente), Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Joaquim Barbosa (Relator), Ricardo Lewandowski (Revisor), Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber.

Em razão da aposentadoria de Cezar Peluso e Carlos Britto, foram substituídos por Teori Zavascki e Roberto Barroso. Essa será a última composição do STF, para os objetivos da pesquisa, que apreciou o cabimento e os próprios embargos infringentes ao acórdão da AP 470/MG: Joaquim Barbosa (Presidente e Relator), Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski (Revisor), Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber, Teori Zavascki, Roberto Barroso.

1.1. A Estrutura Sequencial do “Mensalão”

O julgamento foi longo, sessões intermináveis, tediosas, com sucessivas discussões sobre as mais diversas questões processuais e criminais, as quais não raras vezes opunham a opinião pessoal do relator e do revisor, em debates por vezes constrangedores. Muito além do espetáculo, o bombardeio de notícias e imagens, amplificadas pelas transmissões da TV-Justiça,

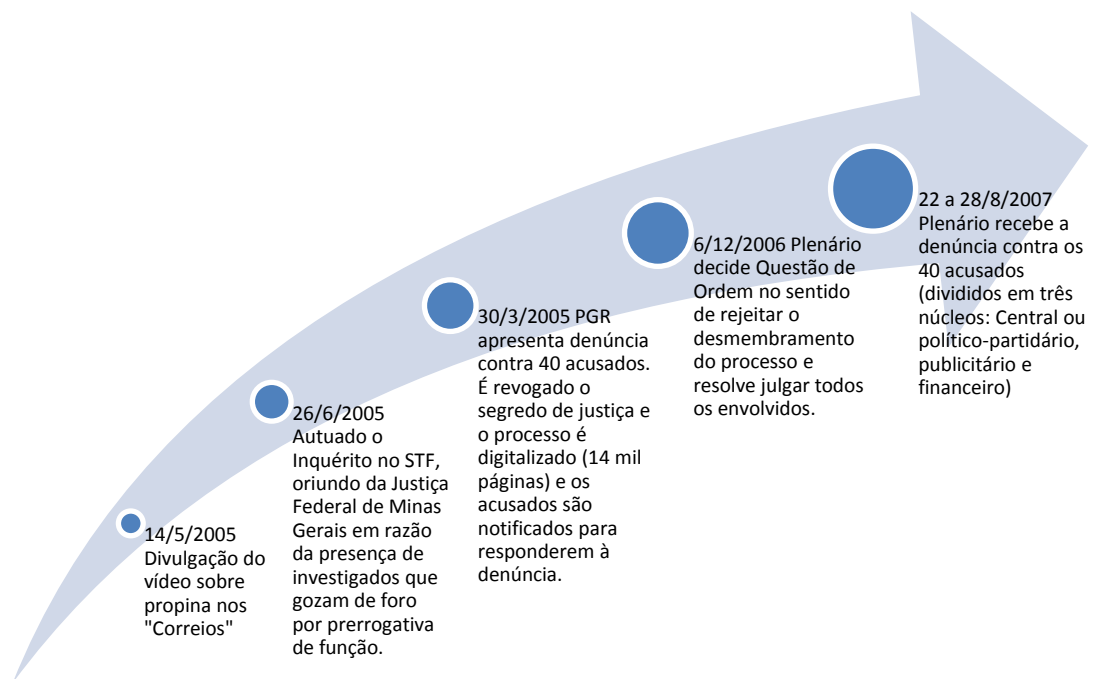
¹⁶⁵ Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/84897/RelatorioFinalVol2.pdf?sequence=1> último acesso 24/1/2016.

¹⁶⁶ Apreciada inicialmente em 9/11/2005 e finalizada em 6/12/2006.

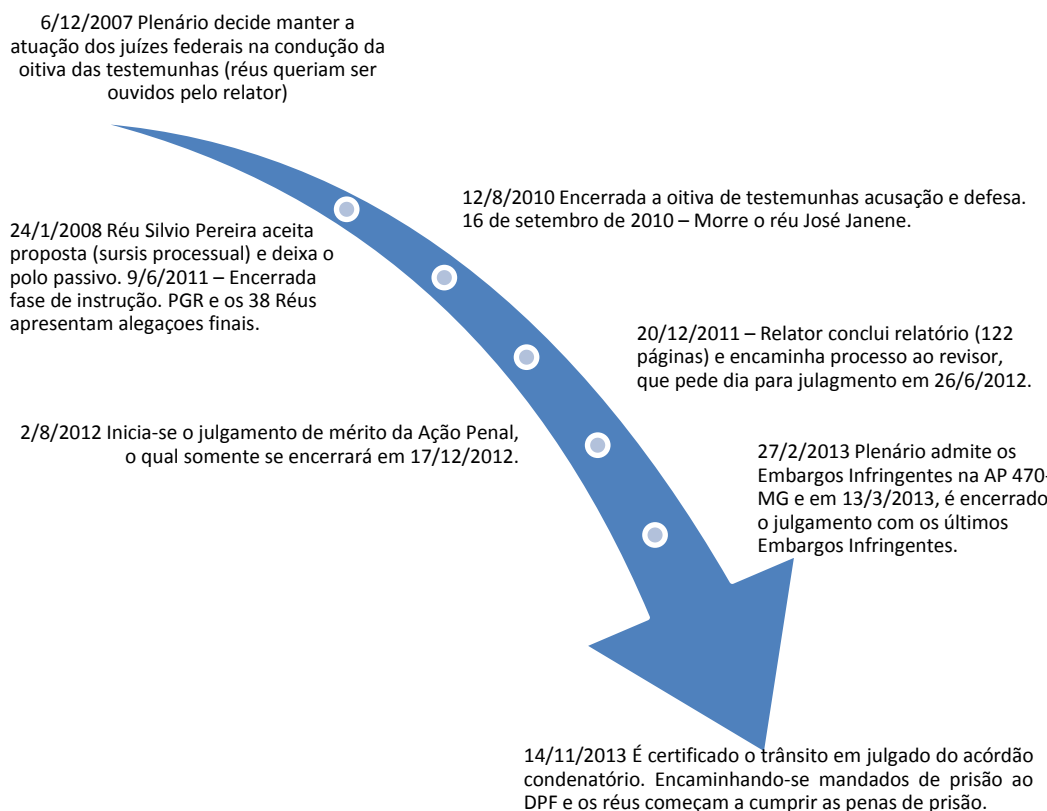
agora como fornecedora de produtos midiáticos para os grandes meios de comunicação de massa, os crimes e os réus ganharam notoriedade nacional, a realidade do julgamento jurisdicional se confundiu com a realidade construída do julgamento divulgado.

Os principais fatos relacionados ao Escândalo Político Midiático do “Mensalão”, no STF, desde a fase de investigação, passando pela apreciação da denúncia do Procurador-Geral da República, pode ser assim sintetizada:

Fase de inquérito - INQ 2.245



Fase da Ação Penal 470/MG



1.2. Da denúncia às alegações finais

Conforme se verificou na estrutura sequencial do Escândalo Político Midiático do “mensalão”, o Caso foi autuado como inquérito criminal no STF, em 26/7/2005, remetido pela Justiça Federal de Minas Gerais, porque lá se verificou a presença entre os investigados de alguns com foro por prerrogativa de função. Em 30/3/2006 o Procurador-Geral da República apresentou denúncia contra 40 acusados, especificamente integrantes do Governo Federal, o grupo de Marcos Valério e do Banco Rural; parlamentares; e outros empresários - envolvidos de alguma forma no escândalo político midiático, cuja peça processual possui 136 páginas, na qual são descritas as respectivas condutas delituosas, dividindo-se a acusação em grupos ou núcleos.

Resumidamente, a denúncia imputa aos acusados os delitos de desvio de recursos públicos, concessões de benefícios indevidos a particulares em troca de dinheiro e compra de apoio político, condutas que caracterizam os crimes de quadrilha, peculato, lavagem de dinheiro, gestão fraudulenta, corrupção e evasão de divisas.

Segundo a denúncia, haveria uma sofisticada organização criminosa, “dividida em setores de atuação, que se estruturou profissionalmente para a prática de crimes como peculato, lavagem de dinheiro, corrupção ativa, gestão fraudulenta, além das mais diversas formas de fraude” (De Souza, 2006, p. 11). A organização era estruturada em núcleos específicos, e que o

núcleo principal da quadrilha era composto pelo ex Ministro José Dirceu, o ex tesoureiro do Partido dos Trabalhadores, Delúbio Soares, o ex Secretário-Geral do Partido dos Trabalhadores, Sílvio Pereira, e o ex Presidente do Partido dos Trabalhadores, José Genoíno, os quais, em conluio com outros integrantes do Partido, “estabeleceram um engenhoso esquema de desvio de recursos de órgãos públicos e de empresas estatais e também de concessões de benefícios diretos ou indiretos a particulares em troca de ajuda financeira.” (De Souza, 2006, p. 11)

A denúncia afirma existir nos fatos objeto de investigação três núcleos fundamentais: a) núcleo central: José Dirceu, Delúbio Soares, José Genoíno e Sílvio Pereira; b) núcleo operacional e financeiro, a cargo do esquema publicitário: Marcos Valério, Ramon Hollerbach, Cristiano Paz, Rogério Tolentino, Simone Vasconcelos e Geiza Dias; e c) núcleo operacional e financeiro: José Augusto Dumont (falecido), a cargo da alta direção do Banco Rural: Vice-Presidente, José Roberto Salgado, Vice-Presidente Operacional, Ayanna Tenório, Vice-presidente, Vinícius Samarane, Diretor Estatutário e Kátia Rabello, Presidente. (De Souza, 2006, p. 15)

O Procurador-Geral da República dividiu em itens a acusação (De Souza, 2006, p. 1-134) na forma transcrita no **Quadro 3**, anexo. Assim, da leitura da denúncia, vê-se que a configuração do crime de quadrilha (art. 288 do Código Penal) é de fundamental importância na argumentação do Procurador-Geral da República, ou seja, para justificar a compra de votos de parlamentares da “base” é necessário que exista uma complexa organização criminosa que se apossou do poder político, em benefício próprio e de terceiros. Todos os demais “núcleos” delitivos giravam em torno desse centro, e vai ser o argumento utilizado para que não haja o desmembramento do processo.

De fato, após 5 sessões, iniciado no dia 22/8/2007, a sustentação oral do Procurador-Geral da República e dos advogados de defesa dos réus, o Plenário, em 28/8/2007, recebeu parcialmente a denúncia contra os 40 acusados. O Escândalo Político Midiático já agora amplamente conhecido como “Mensalão” – a partir de entrevista do então deputado Roberto Jefferson ao jornal Folha de São Paulo, de 6/7/2005 -, entra na fase da ação penal.

Transformados em réus, seguiu-se a instrução criminal, com a oitiva dos acusados e as testemunhas (arroladas na denúncia e indicadas pelos advogados dos réus) realização de diversas diligências, perícias e demais medidas processuais requeridas pela acusação e defesa e deferidas pelo ministro relator. Para muitos advogados, entretanto, nessa fase processual já estava definida a semântica identitária do sistema inquisitivo, adotada pelo relator na condução do processo criminal, por isso suscitaram, em preliminar das alegações finais, dúvida quanto à sua imparcialidade.

Questão de Ordem do desmembramento

Como foi salientado, existem pontos, ou melhor, incidentes que marcaram esse processo, os quais se revestiram de enorme importância para a conclusão ou o desfecho da controvérsia. É o que se deu com a Questão de Ordem sobre o desmembramento do processo, em razão da grande quantidade de acusados e, ainda, que não possuíam prerrogativa de função.

De fato, sustentou o Procurador-Geral da República na denúncia a presença das três modalidades de conexão, para justificar o “*simultaneus processus*”: conexão intersubjetiva (CPP, art. 76, I); conexão material, lógica ou teleológica (CPP, art. 76, II) e a conexão probatória ou instrumental (CPP, art. 76, III).

Após a notificação dos acusados, invocando o direito de serem julgadas pelo juiz natural, as acusadas Anita Leocádio (Apenso 90), Simone Reis Vasconcelos (Apenso 114) e Marcos Valério (Apenso 115) suscitaram essa questão, nas respectivas defesas preliminares. O relator submeteu ao Plenário, na forma de Questão de Ordem. (Art. 21, III, RISTF)

O desiderato desta questão de ordem ocupou duas sessões do Plenário: em 9/11/2005 e 6/12/2006. Na primeira, houve empate na votação, alternando-se argumentos como o risco de prescrição da pretensão punitiva, a possibilidade de contradição entre as várias instâncias, caso aprovado o desmembramento do processo e a ausência de condições operacionais objetivas do STF para processar e julgar uma grande quantidade de réus.

Na primeira sessão, prevaleceu o voto “médio” do ministro Sepúlveda Pertence, o qual defendia que

a solução possível para atender às preocupações, que são legítimas, do eminente Relator e a dos que o seguiram é a partilha objetiva, desmembrando-se o processo e remetendo-o à instância competente quando não houver imputação, em coautoria ou não, a dignitário titular do foro por prerrogativa de função. O eminente Relator será o órgão mais adequado para proceder objetivamente a essa partilha. (Fls. 1379, acórdão do Inquérito 2.245-QO)

A proclamação da decisão, até esse momento, ficou assim registrada na Ata da sessão plenária:

O Tribunal, por maioria, deferiu o desdobramento do feito naquelas hipóteses em que não haja coautoria com titulares de prerrogativa de foro, nos termos do voto médio proferido pelo Senhor Ministro Sepúlveda Pertence. O Relator, Senhor Ministro Joaquim Barbosa, deferia o desmembramento do feito a todos os acusados que não gozam de prerrogativa de função, no que foi seguido pelos Senhores Ministros

Ricardo Lewandoski, Carlos Britto, Cezar Peluso e Marco Aurélio; em parte, acompanhou, nos termos do voto médio já referido, o Senhor Ministro Sepúlveda Pertence; na divergência, rejeitando a questão de ordem, portanto, e determinando que o processamento prosseguisse perante este Supremo Tribunal Federal, votou a Senhora Ministra Cármen Lúcia, seguida pelos Senhores Ministros Eros Grau, Gilmar Mendes, Celso de Mello e pela Presidente, Senhora Ministra Ellen Gracie. O feito retornará a julgamento com a especificação, pelo Relator, de quais, dentre os denunciados, e por quais delitos, se dará o desmembramento. Plenário, 9/11/2006. (fls. 1406, INQ 2245-QO)

Na sessão de 6/12/2006, no entanto, retornando a questão à apreciação do Plenário, em razão das dificuldades apresentadas pelo ministro relator, para realizar objetivamente o desmembramento, o ministro Cezar Peluso apresentou proposta no sentido de que não se realizasse o desmembramento, no que foi acompanhado pela maioria dos ministros, à exceção dos ministros Sepúlveda Pertence e Marco Aurélio que determinavam o desmembramento.

Essa decisão terá, como se viu posteriormente, enormes implicações no processamento e julgamento desse escândalo midiático, pelo elevado número de sessões do Plenário do STF, praticamente monopolizando os trabalhos da Corte por mais de 6 meses, transformando as sessões plenárias do STF em inequívoco espetáculo midiático, pela enorme exploração midiática, não tanto pelas questões técnicas envolvidas no caso, ou seja, o conhecimento e definição de intrincadas teses jurídicas suscitadas pelos debates.

A instrução criminal no STF

A instrução é a fase mais sensível do processo penal,¹⁶⁷ pois é nela que se vai colher a prova criminal, a busca pela verdade dos fatos – ou melhor, “a reconstrução dos fatos investigados no processo, buscando a maior coincidência possível com a realidade histórica, isto é, com a verdade dos fatos, tal como efetivamente ocorridos no espaço e no tempo” (Oliveira, 2009, p. 289) e que determinará em princípio o destino do réu. Ora, a Constituição de 1988 delineou um sistema acusatório, a partir do qual o Código de Processo Penal e as demais leis deveriam ser interpretados na realização da instrução criminal. Assim, em primeiro lugar, a despeito de se buscar a verdade, ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo - *nemo tenetur se detegere*.¹⁶⁸

¹⁶⁷ “No processo penal, a instrução criminal delimita a fase de produção da prova do fato, necessária para decidir a imputação penal. Assim, a instrução criminal constitui o espaço privilegiado de princípios reguladores do processo penal: o princípio da presunção de inocência e o princípio do devido processo legal, que informam a produção da prova e as decisões processuais no Estado Democrático de Direito.” (Santos, J., 2015, p. 1)

¹⁶⁸ CF, art. 5º, “LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;” previsto também no CPP, “Art. 186. Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas.

O princípio do livre convencimento do juiz é talvez o mais estudado quando se trata da instrução criminal. É que a produção da prova no processo penal tem por finalidade justamente a verificação da existência ou não dos fatos tidos como reais na inicial acusatória. Dispõe o art. 157 do CPP que o magistrado irá formar sua convicção pela livre apreciação da prova. Essa apreciação consiste precisamente na verificação se a prova está ou não em conformidade com a moldura criada na denúncia; ela possibilita a reconstrução de fatos e situações pretéritos – para atingir essa configuração que nunca vai alcançar a verdade como um todo (Coutinho, 1998, p. 195) mas que pode e deve buscar um juízo de certeza, com base nos princípios que informam o Estado Democrático de Direito. Livre apreciação da prova não significa livre produção da prova – que poderia configurar um “poder inquisitivo do juiz de buscar e introduzir no processo *ex officio* elementos probatórios, além do material produzido pelas partes.” (Grinover, 1976, p. 132)

Além desse princípio, deve-se ter presente os demais princípios ou regras gerais na produção das provas: contraditório e ampla defesa; a distribuição do ônus da prova; a inadmissibilidade das provas ilícitas; etc., bem como dos meios de prova disponíveis: interrogatório (entendido como meio de defesa também);¹⁶⁹ testemunhal; pericial; reconhecimento de pessoas e coisas; acareação; busca e apreensão. Cada uma dessas categorias processuais com uma infinidade de questões constitucionais relevantes como a discutível licitude das gravações ambientais (em face do inciso X, do art. 5º da CF);¹⁷⁰ a interceptação telefônica e de dados; sigilo bancário; os dados advindos das Comissões Parlamentares de Inquéritos e da tormentosa questão da reserva de jurisdição; a teoria dos frutos da árvore envenenada; a teoria do encontro fortuito de provas; etc.

Interessa-nos especificamente observar como a instrução criminal dos processos criminais do STF é realizada, quem a preside e se há o televisionamento da audiência de instrução. É de fundamental importância, assim, ter presente o princípio da identidade física do juiz – principalmente a partir da Lei nº 11.719/2008 - que deu nova redação ao § 2º do art. 399, do CPP, “§ 2º O juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença.”

(Redação dada pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003) Parágrafo único. O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa. (Incluído pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003)” A Convenção Americana sobre Direitos Humanos/Pacto de São José da Costa Rica, art. 8º, § 2º, alínea g, prevê que toda pessoa tem o direito de “não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada.” Muito embora aprovada essa Convenção pelo Decreto nº 678, de 6/11/1992, antes, portanto, da entrada em vigor da EC nº 45/2004 a qual introduziu o § 3º do art. 5º da Constituição da República, dando *status* de norma constitucional às convenções sobre direitos humanos.

¹⁶⁹ O interrogatório é um momento no qual o magistrado toma contato com a realidade em confronto com o processo. “O seu contato com a realidade é sempre mediatizado por um quadro ritual.” (Garapon, 1997, p. 19)

¹⁷⁰ HC nº 69.818 rel. min. Sepúlveda Pertence, na qual se declarou a ilicitude de confissão da prática de um crime, colhida sem o conhecimento de um dos interlocutores, em face do princípio da não autoincriminação.

A instrução criminal dos processos penais no STF é realizada, na maioria dos casos, fora das instalações do STF. Por diversos motivos, como o local onde foi praticado o suposto delito, a residência do acusado e das testemunhas, etc. As audiências são reduzidas a termo, em alguns casos são gravados os áudios, e posteriormente são “degravados”, ou seja, transcritos para caracteres e juntados aos autos (físicos ou digitais). Diferentemente do que ocorria anteriormente, em que eram os próprios ministros que realizavam a maioria das audiências de colheita da prova, no próprio edifício do STF, hoje elas são presididas por juízes convocados (auxiliares e instrutores).

À exceção dos ministros Celso de Mello e Marco Aurélio, que não aceitaram nomear juízes auxiliares e instrutores (eles são convidados a ocupar o cargo junto ao gabinete do respectivo ministro) cargos em comissão demissível *ad nutum*, em seus respectivos gabinetes no STF, para realizar as tarefas tidas por eles como exclusivas dos magistrados daquela Corte – colheita da prova e demais atos da instrução criminal.¹⁷¹

A questão do exercício de juízes “auxiliares” no STF é polêmica, pois, se por um lado, ela imprimiu maior rapidez à instrução criminal das ações penais e inquéritos do STF, diminuindo em consequência o tempo de tramitação desses processos, por outro, não há como deixar de reconhecer que, na verdade, a medida desqualifica o princípio do juiz natural,¹⁷² previsto no § 2º do art. 299 do CPP, com a redação da Lei nº 11.719/2008 – e que determina algo intuitivo: o juiz que colheu a prova deverá ser aquele que proferirá a sentença penal. Na medida em que a instrução criminal, do qual o interrogatório - meio de defesa e

¹⁷¹ A Lei nº 12.019/2009 permitiu aos ministros delegar poderes instrutórios nos processos penais de competência originária do STF a “juízes auxiliares”. A medida é uma inovação no sistema judicial brasileiro, fruto do chamado “II Pacto Republicano”, permite aos ministros tanto do STF quanto do STJ convocar “magistrados instrutores” para realizar as atividades judiciais que eram requeridas através das “cartas de ordem” dirigidas a qualquer juízo do País para coletar as provas nas comarcas onde residissem as testemunhas ou os réus. Internamente, a ER nº 36/2009, regulamentou a forma de atuação dos juízes auxiliares – os ministros podem convocar juízes ou desembargadores - RISTF “Art. 21-A. Compete ao relator convocar juízes ou desembargadores para a realização do interrogatório e de outros atos da instrução dos inquéritos criminais e ações penais originárias, na sede do tribunal ou no local onde se deva produzir o ato, bem como definir os limites de sua atuação.” no STF, de modo que o magistrado instrutor pode designar e realizar as audiências de interrogatório e inquirição de testemunhas; requisitar testemunhas e determinar condução coercitiva, caso necessário; determinar intimações e notificações; decidir questões incidentes durante a realização dos atos sob sua responsabilidade; requisitar documentos ou informações existentes em bancos de dados; fixar ou prorrogar prazos para a prática de atos durante a instrução; realizar inspeções judiciais; para tanto, pode requisitar, se assim julgar imprescindível, junto aos órgãos locais do Poder Judiciário, o apoio de pessoal, equipamentos e instalações adequados para a realização dos atos processuais. Todos esses atos jurisdicionais ficam subordinados à “direta fiscalização” do ministro do STF. RISTF art. 21-A, “§ 2º As decisões proferidas pelo magistrado instrutor, no exercício das atribuições previstas no parágrafo anterior, ficam sujeitas ao posterior controle do relator, de ofício ou mediante provocação do interessado, no prazo de cinco dias contados da ciência do ato.”

¹⁷² Além disso, excetuando à colheita de depoimentos e demais atos delegados, as atividades desempenhadas por esses magistrados são aquelas típicas e tradicionalmente exercidas pelos assessores jurídicos (realiza pesquisas, analisa provas, elabora minutas de voto, etc.) num claro desvio funcional.

subsidiariamente um meio de prova - tem enorme significado para a formação do convencimento judicial. (Oliveira, 2009, p. 292)

É certo que o STF tem várias decisões em que esse princípio é relativizado, comportando exceções como aquelas previstas no art. 132 do CPC/73,¹⁷³ (norma não reproduzida no CPC de 2015) como se colhe das seguintes ementas:

O princípio da identidade física do juiz, positivado no § 2º do art. 399 do CPP não é absoluto e, por essa razão, comporta as exceções arroladas no artigo 132 do CPC, aplicado analogicamente no processo penal por expressa autorização de seu art. 3º (...). (HC 123.873, rel. min. Luiz Fux, julgado em 14-10-2014, Primeira Turma, DJE de 18-12-2014); e

O princípio da identidade física do juiz não tem caráter absoluto e comporta flexibilização. (HC 107.769, rel. min. Cármen Lúcia, julgado em 18-10-2011, Primeira Turma, DJE de 28-11-2011).¹⁷⁴

Trata-se de decisões que se amoldam a uma política judiciária pragmática, pois concilia as várias situações de alteração na lotação ou distribuição das varas nas organizações judiciárias, de conteúdo organizacionalmente finalístico, mas é evidente que aplicada aos processos penais será em detrimento do réu, a menos que o novo magistrado a quem os autos do processo for distribuído realize nova instrução criminal.

No que nos interessa mais de perto, no entanto, a instrução criminal dos processos penais do STF são atividades praticadas pelos próprios ministros, por juízes convocados para auxiliarem a Suprema Corte, ou ainda por delegação via “carta de ordem” a qualquer juízo e que as respectivas audiências não são transmitidas pela TV - Justiça nem pela Rádio Justiça, quando muito são dadas notícias que ocorreu em tal data, onde foram ouvidas as testemunhas e interrogado o réu, etc.

Foi o que ocorreu com a instrução criminal do escândalo político midiático do “Mensalão”. Embora dirigido pelo ministro relator, os depoimentos dos acusados e das testemunhas foram realizados por delegação a outros magistrados e posteriormente enviados ao relator, no STF.

¹⁷³ Dispunha o art. 132, do CPC/73, que “Art. 132. O juiz, titular ou substituto, que concluir a audiência julgará a lide, salvo se estiver convocado, licenciado, afastado por qualquer motivo, promovido ou aposentado, casos em que passará os autos ao seu sucessor. (Redação dada pela Lei nº 8.637, de 31.3.1993) Parágrafo único. Em qualquer hipótese, o juiz que proferir a sentença, se entender necessário, poderá mandar repetir as provas já produzidas. (Incluído pela Lei nº 8.637, de 31.3.1993)”

¹⁷⁴ No mesmo sentido: HC 112.362, rel. min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 9-4-2013, Segunda Turma, DJE de 10-5-2013. Vide: HC 123.873, rel. min. Luiz Fux, julgamento em 14-10-2014, Primeira Turma, DJE de 18-12-2014.

1.3. O julgamento do mérito da Ação Penal

Após várias sessões de julgamento (53), o STF apreciou as condutas dos acusados, frente aos diversos fatos relacionados na denúncia, nos vários “núcleos” de atividade criminosa, descritos na denúncia. Foi feita uma descrição sumária, para cada acusado, relacionando-o com os delitos, aos itens da denúncia a que se refere, o veredito final tomado pela Corte, bem como os votos dissidentes do relator, Joaquim Barbosa, ou do revisor, Ricardo Lewandowski, os grandes polos de divergência que se verificou no caso.

Outro ponto relevante, que em outras circunstâncias não teria maiores consequências, foi a aposentadoria do ministro Cezar Peluso. Em função disso, o Tribunal funcionou, em boa parte do julgamento de mérito da Ação Penal com o *quorum* de 10 ministros, ocasionando em alguns julgamentos o empate na votação. Empate na votação em processos criminais é um daqueles pontos em que não há nos programas normativos do subsistema criminal solução expressa, ao contrário do que ocorre com os *habeas corpus* e recursos criminais. Assim, tanto no reconhecimento da materialidade/autoria quanto na aplicação da “dosimetria” da pena ocorreu esse fato. Num primeiro momento optou-se por postergar a solução do “empate” e aguardar a posse do novo ministro (que viria a ser o ministro Teori Zavascki).

O Tribunal, entretanto, em 23/10/2012, resolvendo Questão de Ordem suscitada pelo ministro Ayres Britto, presidente, decidiu no sentido de, em razão do empate verificado na votação, absolver os acusados Valdemar Costa Neto e Jacinto de Souza Lamas, do delito de formação de quadrilha (item VI da denúncia); José Rodrigues Borba, do delito de lavagem de dinheiro (item VI da denúncia); Paulo Roberto Galvão da Rocha, João Magno Moura e Anderson Aauto Pereira, do delito de lavagem de dinheiro (item VII da denúncia) e o acusado Vinícius Samarane, do delito de formação de quadrilha (item II da denúncia).

Em relação à materialidade e reconhecimento da autoria, o veredito em relação a cada réu pode ser visto no **Quadro 4**, anexo.

A fixação das penas

Se o processo de fixação de uma pena criminal é de grande complexidade para um único magistrado, pode-se imaginar o grande problema que foi a fixação da pena de todos os acusados condenados, pelo Tribunal. Pois, cada julgador possui perspectivas diferentes. Em termos sistêmicos, são sistemas psíquicos autônomos. Assim, ante a enorme complexidade envolvida, optou o Tribunal por adotar o “critério por aproximação”, ou seja, os ministros acompanhariam os votos sobre a dosimetria que mais se aproximavam daquelas por eles fixadas. De sorte que ora uma pena criminal se aproximava dos critérios fixados pelo Relator, ora pelo Revisor, ou de outro ministro que abrisse a divergência. Esse critério muito se aproxima da técnica da

motivação *per relationem*, na qual se realiza a motivação pela referência ou remissão a outro julgado ou manifestação jurídica. Técnica essa declarada pelo STF como compatível com o art. 93, IX, da Constituição e, por isso, comumente utilizada na jurisprudência daquela Corte.¹⁷⁵

Antes disso, a Corte decidiu uma importante Questão de Ordem, na sessão plenária de 23/10/2012, resolvida no sentido de que os ministros que absolveram os acusados não poderiam participar da “dosimetria” da pena. Essa decisão teve como efeito excluir do debate da dosimetria das penas aqueles julgadores que absolveram os réus, e que, em tese, iriam fixar a pena em menor extensão. Essa questão de ordem teve enorme efeito no julgamento, porque por diversas vezes a diferença entre as correntes que se formaram na dosimetria da pena variava de apenas um voto para um lado ou para o outro.

Além da fixação dessas penas, decidiu a Corte suspender os direitos políticos dos réus que foram condenados, como consequência da condenação e após o trânsito em julgado do acórdão - nos termos do disposto no art. 15, III, da Constituição Federal -, e, ainda, decretar a perda do mandato dos réus detentores de mandato eletivo - art. 55, VI e § 3º, CF.

Essas questões tiveram enormes implicações no resultado final do julgamento, porque deram ensejo à interposição de embargos infringentes. Figura processual raramente utilizada, na jurisdição do STF e que deu ensejo a que muitos entendessem que havia sido revogada pela legislação posterior.

Como afirmado, embora relevantes do ponto de vista do Direito Penal e Processual Penal, essas controvérsias têm no âmbito desta pesquisa um valor secundário, porquanto o interesse primordial está concentrado nas fundamentações, ou seja, na identificação da forma como as observações sistêmicas foram realizadas e qual a semântica ou o autorretrato identitário em que elas podem ser enquadradas. (Pires, 2004, p. 43)

1.4. Cabimento e mérito dos Embargos Infringentes

Julgado o mérito da AP 470/MG, em razão de diversos réus terem sido condenados por maioria, tendo ficado vencidos pelo menos 4 ministros, ou seja, que votaram pela absolvição -, bem como haver igual quantidade de vencidos na fixação da pena, abriu-se a possibilidade de

¹⁷⁵ HC 69.438/SP, HC 69.987/SP, e AI 825.520-AgR-ED/SP, do qual se extrai o seguinte fragmento: “Reveste-se de plena legitimidade jurídico-constitucional a utilização, pelo Poder Judiciário, da técnica da motivação ‘*per relationem*’, que se mostra compatível com o que dispõe o art. 93, IX, da Constituição da República. A remissão feita pelo magistrado – referindo-se, expressamente, aos fundamentos (de fato e/ou de direito) que deram suporte a anterior decisão (ou, então, a pareceres do Ministério Público ou, ainda, a informações prestadas por órgão apontado como coator) – constitui meio apto a promover a formal incorporação, ao ato decisório, da motivação a que o juiz se reportou como razão de decidir. Precedentes.”

interposição do recurso de Embargos Infringentes, previsto no art. 333, inciso I, do Regimento Interno do STF.

A questão jurídica da existência ou não desse recurso estava envolta em grandes controvérsias interpretativas, de direito intertemporal e o STF estava literalmente dividido. Por essa razão, apenas para decidir essa questão o STF levou 4 sessões do Plenário: começou a julgar o cabimento dos embargos infringentes em 5/9/2013, retomado nas sessões subsequentes, 11 e 12 e concluído em 18/9/2013. Coube ao ministro Celso de Mello apresentar o voto de desempate, pelo cabimento do recurso de embargos infringentes contra acórdão condenatório do Plenário do Supremo Tribunal Federal em ação penal originária, reafirmando a plena validade, material e formal, do Regimento Interno do STF, nessa parte.

A decisão possibilitou, dessa forma, um novo julgamento da parte não unânime do acórdão condenatório. A posição do ministro Celso já era de há muito conhecida, pois, em diversas ocasiões, havia se manifestado pela característica de lei em sentido formal do Regimento Interno do STF, porque editado quando em vigor a EC nº 1/69, que atribuía ao STF a competência para editar normas processuais dos processos de sua competência; competência legislativa ordinária essa extinta pela CF-88. Em seu voto, o ministro Celso de Mello argumentou que o artigo 333, inciso I, do Regimento Interno do Supremo não foi derogado pela Lei 8.038/90, que instituiu normas para os processos perante o STF e STJ, em razão dessa lei ter tratado apenas dos procedimentos cabíveis na fase instrutória dos processos criminais, e não do processamento de recursos no STF.

E não se tratou apenas de uma omissão legislativa, mas de explícita opção do subsistema político, pois o Projeto de Lei 4.070/98 - fruto de proposta encaminhada pela Presidência da República -, propondo a introdução de norma à Lei nº 8.038, dispondo que “não cabem embargos infringentes contra decisão do Plenário do STF”, foi rejeitada pelo Congresso Nacional. De maneira que a Lei nº 9.756/1998, dispondo sobre o processamento de recursos no âmbito dos tribunais, foi sancionada sem a exclusão dos embargos infringentes, o que demonstra que o artigo 333 do RISTF foi deliberadamente mantido e continua em vigor.

Com esse voto, proferido nos Vigésimo Quinto Agravo Regimental na AP 470/MG e Vigésimo Sexto Agravo Regimental na AP 470/MG, interpostos pelos condenados Cristiano de Mello Paz e Delúbio Soares de Castro, ficou decidido caber embargos infringentes ao acórdão condenatório, desde que na condenação haja pelo menos 4 votos pela absolvição ou na fixação da pena. Com o novo julgamento, e a composição do Plenário com a participação dos ministros Teori Zavascki e Roberto Barroso, alterou-se o desiderato de alguns condenados, basicamente quanto ao crime de quadrilha e lavagem de dinheiro.

Desse modo, na sessão plenária de 27/2/2014, por 6 votos a 5, o Tribunal deu provimento aos embargos infringentes, para absolver os réus Delúbio Soares, José Dirceu, José Genoíno, José Roberto Salgado, Kátia Rabello, Marcos Valério, Cristiano Paz e Ramon Hollerbach, das condenações pelo crime de quadrilha.¹⁷⁶ O fundamento principal do voto condutor do acórdão (ministro Roberto Barroso) é que os fatos apontavam para a hipótese de coautoria e não de quadrilha.

Na sessão plenária subsequente, foram absolvidos do crime de lavagem de dinheiro os réus João Paulo Cunha e João Claudio Genu e mantida a condenação pelo mesmo crime de Breno Fischberg.¹⁷⁷

A Execução das Penas

Com as condenações de 24 dos 38 réus, o Supremo Tribunal Federal concluiu no dia 13/3/2013 o julgamento dessa fase do Escândalo Político Midiático do “Mensalão” - AP 470/MG. Em novembro de 2013, após a rejeição dos últimos embargos de declaração opostos, foi determinado o trânsito em julgado do acórdão condenatório e o relator determinou a expedição dos respectivos mandados de prisão dos condenados. Conforme se pode observar no **Quadro 5**, anexo.

Os presos que estão cumprindo a pena no regime fechado, desde que foram expedidos os mandados de prisão, são: Marcos Valério, Cristiano Paz, e Ramon Hollerbach. Em 27/7/2015, o presidente do STF, autorizou a progressão do regime fechado para o semiaberto, ao fundamento de que já cumpriram 1/6 da pena e apresentaram bom comportamento: Kátia Rabello, José Roberto Salgado e Vinícius Samarane.¹⁷⁸

O Supremo Tribunal Federal já extinguiu a pena de vários condenados no processo: Vinícius Samarane, Rogério Tolentino, Roberto Jefferson, Bispo Rodrigues, Pedro Henry, Romeu Queiroz; José Genoíno, João Paulo Cunha e Delúbio Soares. Todos eles já tinham cumprido mais de 1/4 da pena e estavam em regime aberto ou em liberdade condicional.

Singularidade do Estudo de Caso

¹⁷⁶ Embargos Infringentes na AP 470-MG: 1º - Delúbio Soares de Castro; 13º - Marcos Valério Fernandes de Souza; 10º - Ramon Hollerbach Cardoso; 5º - Cristiano de Mello Paz; 9º - Kátia Rabello; 14º - Jose Roberto Salgado; 11º - José Genoíno Neto; 7º - José Dirceu e Oliveira e Silva.

¹⁷⁷ Embargos Infringentes na AP 470-MG: 6º - João Paulo Cunha; 16º - João Cláudio de Carvalho Genu; e 12º - Breno Fischberg.

¹⁷⁸ José Dirceu se encontra preso também por outro motivo e ação (operação “Lava jato”) A disposição da 27ª Vara Federal de Curitiba-PR.

Como antecipado, ao tratar genericamente dos processos de comunicação, os destinatários da informação midiática não podem ser tidos como entes passivos, inertes, a absorver acriticamente qualquer informação que lhes chegue. Como também não quer dizer que não possa existir processos deliberados de manipulação de informações com intuito não disfarçado de influenciar opiniões e pessoas, mas considerar que esses processos não são absolutos e nem necessariamente eficazes nos seus efeitos.¹⁷⁹ (Moretzsohn, 2013, p. 65)

De fato, observa-se que esse discurso de manipulação midiática costuma conceber os magistrados e membros do ministério público como inocentes seres da criação, destituídos de qualquer senso crítico, reféns da construção social da realidade efetuada pelos *mass media*, os quais veiculariam ideologicamente os interesses de classe (detentora dos meios de comunicação de massa) como se fossem interesses de todos, e que necessitariam de um sistema punitivo a expressar esses ideais, como interesses de classe.

De maneira que haveria uma solidariedade entre os meios de comunicação de massa (grandes corporações econômicas que atuam nos negócios das telecomunicações) e o sistema punitivo, para o controle penal dos contingentes humanos que o sistema produtivo marginaliza (Batista, 2002, p. 272). Nesse processo, pode-se identificar também um círculo vicioso, na medida em que os *mass media* teriam a função de manipular a opinião pública, ao servir e propagandear os interesses sociais daqueles que os controlam e financiam (Herman & Chomsky, 2003, p. 11) bem como a sujeição dos jornalistas ao mercado da comunicação de massa, onde se tornam reféns das audiências (Bourdieu, 1997, p. 56-62 e 69-71), formadas pelo mesmo público que foi manipulado.

Segundo o Observatório da Imprensa,¹⁸⁰ há uma inequívoca intenção dos meios de comunicação de massa de influenciar a opinião pública,¹⁸¹ e por uma cadeia de consequências os magistrados, pelos diversos processos de seleção, de veiculação parcial de informações primordiais, ou mesmo a seleção de uma série de informações verdadeiras, mas veiculadas de forma distorcidas, etc. Como se verá, essas veiculações vão muito além da função meramente informativa e, não raro, com conteúdo de um discurso criminológico que faz apelo a um “direito penal máximo”, de defesa social, contra os “direitos humanos dos bandidos”, etc.

¹⁷⁹ Seriam “armadilhas” presentes no senso comum: de considerar o caráter manipulador da mídia, para a conformação de opiniões, como se “esta fosse uma via de mão única e, mais ainda, como se o público fosse um ente passivo, incapaz de qualquer elaboração crítica. (...) Não se trata de dizer que a manipulação não exista, mas ela não é determinante nem necessariamente eficaz” (Moretzsohn, 2013, 65). Essa concepção muito se aproxima ou assemelha com a teoria sistêmica adotada nesta pesquisa.

¹⁸⁰ Observatório da Imprensa. Disponível em: <http://observatoriodaimprensa.com.br/>

¹⁸¹ “Obsérvese que un discurso nunca es simplemente la expresión de una opinión; el habla es siempre una propuesta para organizar el mundo de determinada manera.” (Melossi, 1992, p. 248)

Uma observação sistêmica dessas análises, todavia, revela que não há a possibilidade de um sistema influenciar outro. Os sistemas funcionalmente diferenciados são operacionalmente fechados, no entanto, não isolados. Seu fechamento é condição para sua abertura. De maneira que ele observa seu ambiente (as irritações) a partir dos seus próprios elementos internos. (Luhmann, 2007, p. 70)

Ocorre, porém, como foi abordado, o sistema jurídico produz também irritações no sistema de comunicação. As decisões judiciais não ficam restritas à comunidade jurídica. Aliás, um dos fundamentos para a criação da própria TV-Justiça foi exatamente propiciar um amplo acesso da população às decisões do Poder Judiciário,¹⁸² e com isso preencher um vazio deixado pelos veículos de comunicação de massa na cobertura dos fatos cotidianos desse Poder, os quais se selecionavam e, portanto, pautavam o que lhes interessavam e quando interessavam – segundo o código desse sistema funcional da comunicação social.

A perspectiva da teoria sistêmica, no entanto, evidencia que não há uma relação causal direta entre os sistemas parciais, caracterizados pela alta complexidade das suas operações, fruto de longa evolução, que concluiu nos processos de diferenciação funcional. Como ressaltado quando da observação do *corpus*, os meios de comunicação de massa fazem a crítica da sociedade e também dos sistemas funcionais, na medida em que dão dimensão pública a questões políticas. Essas observações são admitidas ou não pelo STF, como irritações, segundo sua lógica interna, e que traduz os seus processos de autopoiesis.

2. Punidos, mas livres - o paradoxo da prescrição

Uma categoria de decisão jurisdicional que chama a atenção são as condenações criminais em que se reconhecem a prescrição da pretensão punitiva, em razão da pena aplicada, ou em concreto. Trata-se de uma modalidade de decisão que extingue a punibilidade do agente que, embora tenha cometido o delito, ou seja, reconhecida pelo STF a existência da materialidade e da autoria do delito, mas, em razão do decurso do tempo o acusado não é punido.

Analisando-se essas decisões, verifica-se que o STF, na maioria das vezes, não teve qualquer atuação na demora dos julgamentos. Diversas vezes os processos já chegam na Corte na iminência da prescrição. Em alguns casos, a denúncia é apresentada quando o crime já está prescrito. Foi o que ocorreu, por exemplo, com os Inquéritos 2.859 e 2.864 (18-8-2015), tendo como acusado em ambos o deputado federal Vander Loubet (PT-MS), investigado pela suposta

¹⁸² Aumentando o conhecimento da sociedade sobre suas atividades e, portanto, diminuindo as incompreensões de suas decisões jurisdicionais, pelo menos as não voluntárias, por que as incompreensões dolosas ou com presunção ignorante não têm remédio, como diz Gustavo Zagrebelsky. (Zagrebelsky, 2008, p. 11)

prática do crime de corrupção passiva, descrito no artigo 317 do Código Penal. A denúncia, oferecida em março de 2015, apontava que, entre junho de 1999 e dezembro de 2002, quando ocupava o cargo de secretário de Governo do Mato Grosso do Sul, o acusado teria recebido vantagem indevida, por meio de depósitos em sua conta corrente, efetuados por agências de publicidade, que prestavam serviços ao governo estadual. Segundo ainda a denúncia, o resultado da quebra de sigilo bancário demonstrou que valores foram depositados na conta do acusado, após o pagamento às agências de publicidade – o que estaria a configurar a prática do delito em continuidade delitiva por 179 vezes. Ocorre que, o último ato teria sido praticado em dezembro de 2002, quando o máximo da pena para o delito era prevista em 8 anos e a prescrição, segundo o Código Penal - art. 109, inciso III – ocorreu em 12 anos, o que se consumou em 2014.

Assim, como os fatos se deram antes da alteração legal do art. 317¹⁸³ - (Lei nº 10.763, de 12.11.2003) que elevou a pena desse crime para 12 anos de reclusão, o que faria com que a prescrição ocorresse em 16 anos – a prescrição ocorreu em dezembro de 2014.¹⁸⁴

Observa-se, ainda, que há de fato um paradoxo de difícil solução nesses julgamentos de ações penais no STF. Quando após o recebimento da denúncia, de uma longa instrução criminal, por vezes circulando por mais de uma instância e tribunal – em razão de mudanças da competência decorrentes da posse do réu em cargo público detentor de prerrogativa de função – chega-se finalmente ao julgamento, o réu é condenado, por configurada a materialidade e comprovada a autoria -, e, na fase da aplicação da pena, a dosimetria é realizada, entretanto, é reconhecida a prescrição da pretensão punitiva em face da pena aplicada. Nesse caso, deu-se prevalência ao direito fundamental do réu – na individualização pena a que foi merecedor.

Quando esse fenômeno da prescrição ocorria no Plenário, cujas imagens são transmitidas pelo canal TV-Justiça, ficava nitidamente a noção para o espectador de que a justiça não foi feita, ou na melhor das hipóteses o culpado se livrou – e nesse caso não há como assemelhar essa situação com os efeitos da absolvição.

De outra parte, aplicar uma pena superior ao que o réu tem direito, unicamente para escapar da prescrição da pretensão punitiva – e, portanto, prevalecendo o direito de punir, viola o direito fundamental do réu de ser apenado pelo fato praticado, na razão especificamente da sua culpa, em sentido estrito. Em termos sistêmicos, é como se os efeitos externos ao processo interferissem na própria observação que o sistema Jurídico-Penal realiza.

¹⁸³ “Art. 317 - Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.”

¹⁸⁴ A Turma extinguiu a pretensão punitiva, com base nos artigos 107, inciso IV, do Código Penal combinado com os artigos 61 e 397, inciso IV, do Código de Processo Penal.

A Ação Penal nº 470 é uma fonte ampla dessas questões em que a fixação da pena foi nitidamente realizada para fugir-se da prescrição¹⁸⁵ – ainda que sob os fundamentos de culpabilidade dos agentes, de gravidade do delito e de defesa da sociedade – dando margem inclusive para a interposição dos embargos de declaração, em razão da contradição interna do decreto condenatório, pois a avaliação das circunstâncias judiciais dos crimes em concurso deve guardar compatibilidade.¹⁸⁶

Essas ocorrências fazem reconhecer que existe a justiça do processo – a melhor aplicação dos programas do direito aos fatos do processo – mas existe também a justiça socialmente esperada – fruto das expectativas juridicamente criadas e também aquelas outras decorrentes da criação da realidade - é possível então se falar de condenados e inocentados do processo e condenados e inocentados socialmente, como situações distintas. Pode haver culpados socialmente que se tornam inocentados do processo (pelas várias formas de exclusão da tipicidade), como também pode ocorrer inocentados do processo criminal que nunca vão se livrar da culpa social, da carga emotiva carregada pelo fato de terem figurado como acusado ou réu num processo criminal – são os culpados midiáticos.¹⁸⁷ Além desses condenados, há a condenação da própria justiça criminal, por ser ineficiente, ineficaz, que deixa sem punição muitos delitos, etc.¹⁸⁸

O Professor Nilo Batista enfatiza que nunca existiu um tribunal humano infalível. Para ele, só existiria um juiz supremo “neste mundo, e aliás implacável: a história.”¹⁸⁹ De fato, a

¹⁸⁵ O ministro Joaquim Barbosa explicitamente admitiu essa posição no debate travado com o ministro Roberto Barroso, na sessão Plenária de 27-2-2014, ao rebater os argumentos do ministro Barroso de que não fazia sentido o aumento das penas do delito de corrupção ativa, passiva, lavagem de dinheiro, evasão de divisas e gestão fraudulenta, à razão do 15% a 21%, em contraposição ao aumento de 63% a 75% no delito de formação de quadrilha ou bando, embora “as circunstâncias judiciais fossem rigorosamente as mesmas” embora não quisesse investigar se essa exacerbação tinha o objetivo de evitar a prescrição da pretensão punitiva ou para fixar um regime mais de cumprimento pena - semiaberto para fechado. O ministro J.Barbosa respondeu: “Foi feito para isso, sim.” Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=HNoQJ4f1mJY> na posição 50:41s do vídeo, último acesso 14/12/2015. Nesse sentido vem a lição do Prof. Nilo Batista, no sentido de ser nula a pena fixada num patamar com o propósito de evitar a prescrição da pretensão punitiva, “na medida em que se vale de um critério que extrapola da lei (artigos 59 ss CP)”. (Batista, 2004, p. 212-213).

¹⁸⁶ A questão foi esclarecida pelo ministro Roberto Barroso, nos julgamentos dos Embargos Infringentes na Ação Penal nº 470.

¹⁸⁷ O exemplo mais recente é o de Luiz Gushiken, na AP 470.

¹⁸⁸ O que remete a um ambiente complexo da opinião pública. Os meios de comunicação de massa tentam influir na formação da opinião pública. A teoria da espiral do silêncio, por exemplo, pode ajudar a explicar essa formação, ou seja, como os meios de comunicação de massa podem trabalhar na manutenção da opinião da maioria, que consiste na observação que quando algumas pessoas possuem uma opinião minoritária, tendem a ficar em silêncio perante a opinião pública geral, “the spiral of silence theory can be reduced to one core hypothesis, i.e., that people who believe that they hold a minority opinion tend to fall silent and conceal their views in public.” (Noelle-Neuman; Petersen, 2004, p. 339).

¹⁸⁹ “O foro criminal é um grande estuário para o qual confluem múltiplos discursos produzidos a partir de certos feitos pretensamente ilícitos e das formas legais empregadas em seu processo e julgamento. Debatem-se nele versões mais ou menos convincentes, mais ou menos verossímeis. E quando a reconstrução judiciária dos fatos adquire certa estabilidade, surgem as questões jurídico-penais – sempre menos óbvias e mais sutis do que o jornalismo dito investigativo supõe – e mesmo as processuais penais, que costumam tanto irritar tal jornalismo.”

história transforma alguns juízos em frívolos, como os de políticos,¹⁹⁰ como também transforma outros em menos circunstanciais, como os realizados por juízes. Escrevendo um elogio à Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach, Gustav Radbruch afirmou que “apenas aquele jurista que possui consciência pesada pode ser um bom jurista.”¹⁹¹ Roberto Lyra Filho também chamava a atenção para esse estado que acomete o jurista.¹⁹² Todavia, foi Eduardo Saad-Diniz que provavelmente definiu melhor essa intranquilidade de consciência ou consciência pesada do jurista, ao afirmar que “todo juiz penal é acometido pela ‘consciência pesada’. Se ele condena, está movendo a violência do Estado para restringir a liberdade de um sujeito. Absolvendo, o juiz penal deixa a sociedade indefesa frente ao crime e carrega nos ombros a ‘sensação de impunidade’ que lhe fazem pesar os cidadãos.” (Saad-Diniz, 2013, p. 260)

3. Análise do julgamento do “Mensalão”

Niklas Luhmann, ao analisar a questão da admissão ou não de homossexuais nas forças armadas norte-americanas, estabeleceu um roteiro epistemológico interessante que vai servir de modelo para nossa observação do EPM do “Mensalão”. (Luhmann, 1993, p. 763-782) Segundo ele, a análise do programa serviu de introdução ao estudo da *desconstrução* como *observação de segunda ordem*.¹⁹³

De fato, Luhmann diz que, ao assistir a essa reportagem televisiva,¹⁹⁴ notou que havia uma variedade de sistemas de observação: o sistema político, a interação de uma sessão do

(Batista, 2015, p. 11-12).

¹⁹⁰ Embora o estudo da história das organizações político-partidária brasileiras, mesmo recente, revele enorme incoerência de seus protagonistas, que ora tratam como aliados políticos, ora como inimigos. Em 29 de abril de 1993, o Jornal Folha de São Paulo, Caderno 1, p. 10, estampava a notícia com o título: Lula critica decisão do STF, na qual o ex-presidente Lula criticou em comício na cidade de Paulo Afonso (BA) a decisão do STF de indeferir o pedido de prisão preventiva do ex-presidente Collor: “Não vou aceitar a decisão do STF, de achar que o Collor é inocente. Vou me rebelar e vou a rua desancar o Supremo.” E ainda que “Collor não é apenas o criador de quadrilha. É o mais safado chefe de quadrilha que este país já viu nascer. Se o povo não se mobilizar, a democracia correrá riscos.”

¹⁹¹ Alaor Leite acrescenta que “Radbruch utilizou a expressão mais ampla (jurista), mas referia-se especialmente aos penalistas, cf. RADBRUCH, Eine Feuerbach -Gedenkrede, Tübingen, 1952, p. 24, como confessou seu ex-aluno Arthur Kalfman in Gustav Radbruch – Rechtsdenker, Philosoph, Sozialdemokrat, München, 1987, p. 183 e ss. Expõe o contexto dessa afirmação MERKEL, Willensfreiheit und rechtliche Schuld, Baden-Baden, 2008, p. 136.” (Leite, 2012, p. 97)

¹⁹² “Os dados humanos e sociais emergem, desembaraçados, e mostram que as sanções não estão na obra de Procusto dos técnicos jurídicos, mas no renovo de toda a palheta legislativa, para a realização daquele sonho generoso de Von Liszt, em que a política criminal se torna parte integrante da Política Social. Só assim poderá ser pacificada a intranquilidade da consciência, que, numa sociedade em crise, Radbruch experimentou, como criminalista, e tentou ultrapassar, como filósofo do Direito. A matriz duma reta Justiça Criminal é a Justiça Social.” (Lyra Filho, 1972, p. 16-17)

¹⁹³ “What I saw (and I may well have seen things that were not shown) may serve as introduction to the rather difficult and, if I may say so, postconceptual topic of deconstruction and second-order observing.” (Luhmann, 1993, p. 763)

¹⁹⁴ Em entrevista a Wolfgang Hagen (outubro de 1997) ele afirmou que não assistia televisão em sua residência, porque nos horários que ele dispunha nunca passava algo interessante. Ele assistia televisão nas viagens, nos hotéis. “Bien, excepto en los hoteles. Sobre todo en el extranjero. pero más que nada para ‘hacerme el oído al idioma.’” Disponível em http://www.ddooss.org/articulos/entrevistas/Niklas_Luhmann.htm último acesso 12/12/2015.

Senado dos Estados Unidos, o Exército, pessoas individuais, oficiais do exército, os homossexuais rejeitados, mulheres, homens e “nós em nossos aparelhos de televisão”.¹⁹⁵

Essa análise nos ajudará a fazer o mesmo itinerário, *mutatis mutandis*, da observação realizada pelo STF quando julga um escândalo político midiático. É inequívoco que aquele caso se restringia a um problema localizado – sobre a diferença entre homossexuais e heterossexuais – e a medida, embora simples e que acabou depois sendo adotada pelos Estados Unidos, revestia-se naquela época de muita dificuldade.

Fundamentalmente a tarefa se circunscreveu a “desconstruir” a ilusão de que todos aqueles sistemas, ao observarem o conflito, designavam, *ipso facto*, o objeto quando eles faziam a distinção heterossexuais / homossexuais. Assim, ele partiu do questionamento: “quem (ou seja, qual o sistema) está usando a distinção como um quadro (ou esquema) de observações, ou, quem é o observador? O que ele ganha ao fazer essa distinção e o que ele vai perder em mantê-la?”¹⁹⁶ Ele concluiu ao final que a desconstrução entendida como observação de observadores reduz a complexidade daquilo que se observa,¹⁹⁷ e que os diversos sistemas quando faziam a distinção heterossexuais/homossexuais não faziam da mesma forma e com a mesma semântica.

Claro que a observação para a teoria de sistemas autopoieticos – no sentido de aplicar uma distinção -¹⁹⁸ sempre se encontra presente no ato de definir um lado (e não o outro lado) em uma decisão (comunicação). Observar um sistema é então observar o que o sistema já observou – segunda ordem – constituindo-se numa tarefa seletiva do acoplamento estrutural (fraco ou forte) existente. Assim, quando os tribunais observam – pelas diversas formas de decisão judicial – observam observações realizadas na maioria das vezes pelo próprio sistema jurídico, uma observação da auto-observação feita de si mesmo (Silva, 2012, p. 49) o que permite ver

¹⁹⁵ “Then immediately a variety of observing systems appear; the political system, the interaction of a session of the United States Senate, the army, individual privates and officers, rejected homosexuals, females and males, and we at our television sets.” (Luhmann, 1993, p. 764)

¹⁹⁶ “Who (that is, which system) is using the distinction as a frame (or scheme) of observations; or, who is the observer? What does he invest in making this distinction and what will he lose in maintaining it?” (Luhmann, 1993, p. 764).

¹⁹⁷ “Given these unlimited prospects, understanding deconstruction as observing observers reduces its complexity. The only possible object of deconstruction would be observing systems. But observing means using a distinction for indicating one side and not the other. We then can distinguish (being observable in doing so) different observers. So by reducing complexity we gain complexity and therefore the structured complexity of self-observing systems. We do not lose the individual, the mind, the body as an observable observer. But we can also focus on society as a self-observing, self describing system. Seen in this way deconstruction will survive its deconstruction as the most pertinent description of the self-description of modern society.” (Luhmann, 1993, p. 780)

¹⁹⁸ “Ao observar tais sistemas é fácil compreender, portanto, como se aplicam as distinções entre sistema e entorno com referência a si mesmos. Alguém pode ignorar isto e traçar os limites de outra maneira, entretanto não passará de uma operação arbitrária que deve justificar-se se quer produzir conhecimento. Todavia, é possível exigir à teoria que ajuste seu próprio esquema de observação ao que acontece no próprio sistema, isto é, identificar o sistema em coincidência consigo mesmo. Em nossas reflexões esse preceito constitui a referência real do conhecimento.” (Luhmann, 1998, p. 174).

aquilo que os observadores observados não veem, ou melhor, permite ver como eles não veem que não veem aquilo que não veem.

Esse processo de observação explica a natureza recursal exercida pelo STF enquanto corte suprema, de cassação ou de recursos. Como se encontra na posição central do sistema jurídico, tem possibilidades de ver o que as outras organizações e subsistemas não viram. Em todo caso, caracteriza a peculiaridade de poder errar¹⁹⁹ ou acertar por último. Nesse aspecto, revestem-se de particular importância os mecanismos de abertura e seletividade como o exercido pela repercussão geral da questão constitucional (um *firewall*²⁰⁰ processual), no julgamento do recurso extraordinário.

Igualmente quando o STF observa as distinções presentes nos processos criminais, observa observações já realizadas, e esse processo se dá de forma sequencial: primeiramente, a própria distinção do que é relevante ou não - pelas diversas maneiras de recebimento e rejeição das peças (petições) que iniciam as ações penais e as preliminares processuais que podem prejudicar o julgamento da ação penal, posteriormente, o mérito da própria ação.

Foi precisamente o que ocorreu com o julgamento do Escândalo Político Midiático do “Mensalão” - AP 470/MG. Após mais de 56 sessões plenárias, houve, enfim, a definição quanto à condenação e as respectivas penas (privativas de liberdade e de multa pecuniária) as questões relacionadas com a perda do cargo eletivo, etc.

O julgamento dessa ação penal foi acompanhado pela maioria dos meios de comunicação de massa do Brasil. A partir de 2 de agosto de 2012, as sessões do Plenário que passaram a ser três vezes por semana (segunda, quarta e quinta-feira), na maioria das vezes no período da tarde, mais ou menos às 14:30 hs, a TV-Justiça, e outros canais de televisão, transmitiam as sessões com ou sem comentários de “especialistas.”²⁰¹ (Nunomura, 2012, p. 28)

Diversas obras também foram publicadas sobre o julgamento da AP 470/MG, abordando vários aspectos, que refletem o tipo de observação pretendido. (Batista, 2015, p. 7-8) Como foi dito na introdução da pesquisa, segundo a posição de análise dos observadores, pode-se

¹⁹⁹ Frase de Rui Barbosa defendendo o STF no Senado Federal (Barbosa, 1977, p. 259).

²⁰⁰ Um mecanismo (software ou hardware) utilizado para aumentar a segurança de uma rede de computadores ligada à *internet*, consistindo em uma barreira de proteção. O termo Firewall deriva das paredes de tijolos que são erguidas entre as residências. A ideia é que “*se houver um incêndio, as paredes não deixarão que o fogo se espalhe e entre em contato com as residências – por isso essas paredes são chamadas de firewalls.*” (Arnett; Dulaney, 1997, p. 253)

²⁰¹ Por exemplo, “A Redação de *O Globo* destacou um time de altíssimo nível, formado por 35 jornalistas de diversas editorias, para cobrir o julgamento do mensalão. E quando um time desse porte é reunido, pouca coisa dá errado.” Ascânio Seleme, Diretor de Redação do jornal *O Globo* (Falcão, 2013, p. 3)

relacionar três formas distintas de perspectivas, sobre esse Escândalo Político Midiático presentes nessas obras:

1º As questões jurídicas envolvidas no escândalo, a justiça ou injustiça do julgamento, o mérito da ação penal, enfim, as questões penais e processuais penais existentes no escândalo em julgamento;

2º As manifestações dos auditórios, dos diversos espectadores do conflito penal, antes, durante e após o julgamento do escândalo sob a forma de ação criminal;

3º O sistema criminal, pela análise das consequências do julgamento que podem ser indicativos da adoção de novas respostas aos conflitos criminais. (Bauer; Gaskell; Allum, 2015, p. 17-18)

Algumas publicações foram reproduções de matérias publicadas em colunas de jornais, em que seus autores acompanharam o julgamento, realizando análises “diárias”, de cada sessão, segundo o que entendiam. Na maioria das vezes as matérias jornalísticas já traziam um viés de cobrança pela condenação dos réus, cuja culpa já teria sido devidamente apurada na CPI dos “Correios” e da “Compra de votos” do Congresso Nacional e o sistema judicial apenas consolidaria as provas, num verdadeiro “*trial by the media*”. (Batista, 2015, p. 7-8)

Assim, é o caso da obra “*Mensalão. O dia a dia do mais importante julgamento da história política do Brasil*”, de Merval Pereira. Esse livro, já pelo título, demonstra as opções político-ideológicas do autor. Nos 88 artigos, a maioria publicada no jornal “O Globo”, inclusive no último, subintitulado “a escolha dos heróis”, ele mesmo entende ser esta obra como continuação da anterior, “*O lulismo no poder*”, concluindo no final que “o julgamento da ação penal 470, popularmente identificada como ‘do mensalão’, foi uma espécie de fecho nada dourado da era Lula.” (Pereira, 2013, p. 279)

Na mesma esteira, são os 143 artigos publicados na obra “*Mensalão. Diário de um julgamento. Supremo, Mídia e Opinião Pública*”, organizada por Joaquim Falcão. (Falcão, 2013) O livro é fruto das matérias publicadas nos jornais “O Globo”, “Folha de São Paulo”, “O Estado de São Paulo”, “Correio Braziliense” e blogs “Traduzindo o Mensalão” do G1, e no Blog “Blog do Ancelmo”, do jornalista Ancelmo Gois, contendo as análises dos autores, sobre o dia-a-dia do julgamento. (Falcão, 2013, p. XI) São artigos selecionados na tentativa de “esclarecer e analisar” os principais temas e debates do julgamento, como indica os prefaciadores Otavio Frias Filho e Ascânio Seleme, diretores de redação dos Jornais “Folha de São Paulo” e “O Globo”, respectivamente.

O Jornal “O Globo”, esclarece seu diretor de redação, designou 35 jornalistas de diferentes editorias para cobrir o “maior julgamento do STF de todos os tempos.” Os prefaciadores tentam inculcar a ideia de que havia uma correlação de forças entre a acusação e a defesa, um equilíbrio entre as duas tendências em conflito. No prefácio de Otavio Frias Filho, fica nítida também a posição tomada, pois ao ressaltar que “por maior que seja a autonomia decisória de um juiz, ela não paira no vazio. Sofre influência, evidentemente, da época e do lugar - dos valores e mentalidades que ali prevalecem, da atmosfera político-social em que está imersa.” (Falcão, 2013, p. 1)

Ora, essa “mentalidade” francamente pendia para o lado da condenação. Não havia divisão ao “meio”, “equilíbrio”, muito ao contrário, os próprios veículos de imprensa faziam pender a atmosfera reinante para a condenação dos réus. Em termos quantitativos, a imprensa publicou, segundo Nunomura (Nunomura, 2012, p. 28) duas reportagens a cada minuto, isso até agosto de 2012, muito antes de ser atingido o “clímax” do escândalo político midiático.

Esse fato é realçado pela obra de Paulo Moreira Leite, “*A outra história do mensalão. As contradições de um julgamento político*”, (Leite, 2013) entretanto, de viés diametralmente oposto: retrata o resultado do acompanhamento do autor ao longo de todo o conflito penal, desde a CPI, passando pelo inquérito e instrução até o julgamento, os quais foram publicados em seu “blog” “*Vamos Combinar – Paulo Moreira Leite*”, hospedado no site da revista “Isto É”. Segundo o autor, as provas criminais apresentadas no processo eram fracas, embora as penas fossem robustas. Sustenta uma série de contradições do julgamento desde a investigação da CPI dos Correios. Denuncia o que chama o uso político do episódio, bem como a posição francamente favorável à acusação dos grandes veículos de comunicação.

Outras publicações são mais técnicas, como a organizada por Gustavo Mascarenhas Lacerda Pedrina: “*AP 470. Análise da intervenção da mídia no julgamento do mensalão a partir de entrevistas com a defesa*”, contendo um estudo (posfácio) do Professor Eduardo Saad-Diniz, “Notas sobre a intervenção da mídia no livre convencimento e o papel do ‘novo defensor penal’.” (Pedrina, 2013, p. 255-275) São questionários respondidos pelos defensores dos réus, contendo indagações gerais sobre a mídia, o sistema punitivo, etc., e questões específicas, relacionadas a cada acusado.

Já a obra do professor Nilo Batista: “*Crítica do Mensalão*”, aborda questões relativas ao parecer por ele emitido a pedido dos advogados Rogério Marcolini e Marco Moura, defensores de quatro diretores do Banco BMG S.A., em processo que foi desmembrado da AP 470/MG, bem como de petição de embargos de declaração, oposto ao acórdão principal da ação penal, na parte em que condenou o seu cliente então deputado federal Valdemar Costa Neto. (Batista,

2015) A obra é dividida em duas partes: na primeira, Nilo Batista faz “observações preliminares indescartáveis”, nas quais faz referência ao ambiente do julgamento:

Estarem os fatos descritos na denúncia agregados a um escândalo de dimensões nacionais, que galvanizou por extenso período o debate político-partidário brasileiro e cuja investigação – tanto parlamentar quanto policial – foi objeto privilegiado, com todas as minúcias e hipóteses então aventadas, do noticiário e da crônica de todos os meios de comunicação social, foi algo que produziu efeitos deletérios sobre toda a apuração empreendida e também sobre a própria inicial acusatória. (Batista, 2015, p. 15)

Na segunda parte dessa obra, são abordadas questões técnicas presentes no processo, como o método da denúncia; a hipótese acusatória; a imputação de falsidade ideológica; gestão fraudulenta sem fraude; a questão sobre a gestão temerária, na qual sustenta que o bem jurídico não foi exposto a perigo, nem houve conduta temerária; afasta a hipótese de crime habitual sem habitualidade; e, quanto aos embargos, sustenta a existência de omissão e contradição no acórdão.

A edição nº 106 da Revista Brasileira de Ciências Criminais²⁰² dedicou 13 artigos abordando aspectos do julgamento, como a “Culpabilidade e proibição de dupla valoração na determinação judicial da pena na AP 470/MG do STF (Caso Mensalão)” de Adriano Teixeira; “Competência penal *ratione functionae* do STF” de Diogo Malan; “Unidade de julgamento, igualdade de tratamento e o juiz natural: entre ponderações, acomodações e adequações constitucionais” de Eugênio Pacelli; “Exame do crime de manutenção de depósitos não declarados no exterior na AP 470” de Marcelo Castenaro Cavali; “Prova emprestada no processo penal e a utilização de elementos colhidos em Comissões Parlamentares de Inquérito” de Gustavo Badaró; “Algumas considerações sobre os crimes de corrupção ativa e passiva. A propósito do julgamento do ‘mensalão (AP 470/MG do STF)’” de Gustavo de Oliveira Quandt; “O delito de peculato na AP 470 do STF – ‘Caso Mensalão’” de Augusto Assis; “Domínio do fato. Domínio da organização e responsabilidade penal por fatos de terceiros. Sobre os conceitos de autor e partícipe na AP 470 do STF” de Alaor Leite; e “A tutela da moralidade política pelo Direito Penal: relato e análise da Ação Penal 470” de Rafael Mafel Rabelo Queiroz e Davi de Paiva Costa tangerino.

Assim, vários aspectos técnicos do julgamento foram abordados e apontados vários equívocos nas decisões tomadas na referida Ação Penal. De maneira que há interessantíssimos aspectos técnicos envolvidos no julgamento desse escândalo político midiático, a revelar que de fato se tratou de diversos casos num único processo criminal.

²⁰² Ano 22, vol.106. Jan-Fev/2014.

Existem também outras observações que se identificam nesse episódio, como é exemplo aquelas produzidas pelo sistema político, na expectativa dos membros da oposição, na época, esperançosos de explorar politicamente as condenações criminais dos réus, vinculados, de algum modo, com o governo, durante as eleições municipais de 2012. Evidentemente, fazendo a associação entre a condenação dos réus e a condenação do governo e do Partido dos Trabalhadores – PT. Para isso, as penas, quer dizer, as observações do sistema Jurídico-Penal, deveriam ser produzidas na velocidade desses interesses e, claro, coincidir com o período eleitoral, numa sincronia perfeita, o que não ocorreu.

Fazendo analogia com um jogo esportivo, pode-se observar que essas publicações revelam, além da perspectiva dos respectivos autores e os dados empíricos em que foram construídas suas análises, sua posição epistemológica. Alguns analisaram o que ocorreu no palco judicial mais importante do subsistema jurídico do país – o Plenário do STF -, como a arena do jogo. O julgamento criminal foi analisado, com todos os seus detalhes.

Outros abordaram a questão relacionada com o auditório, a tentativa de transmitir para a opinião pública (espectadores) a “tradução” do julgamento – a preocupação estava na reação dos espectadores, com o auditório, físico ou virtual, do escândalo político midiático. São os locutores e comentaristas do jogo esportivo, que ora inflamam ora criticam as equipes, os jogadores e o árbitro da partida.

São perspectivas epistemológicas não necessariamente em conflito, mas complementares: um analisa o que está ocorrendo no campo do jogo processual criminal; outros terão por perspectiva as manifestações dos auditórios e como os espectadores reagem à medida que o julgamento se desenrola.

A perspectiva que se procurou adotar nessa pesquisa, entretanto, se preocupou com o “jogo” propriamente dito, ou seja, com as implicações que o resultado do julgamento do escândalo político midiático do “Mensalão” poderá assumir no sistema criminal – pelas escolhas das estratégias punitivas presentes nos discursos criminológicos, adotados pela maioria dos magistrados, e que foram traduzidas nas semânticas dominantes do sistema de direito penal moderno (Dubé; Pires, 2010), p. 29-30).

A julgar como correta a afirmação segundo a qual a liberdade de consciência dos juízes é influenciável pelos “valores e mentalidades” prevalecentes e pela “atmosfera político-social em que está imersa”,²⁰³ tudo está então em influir nesses valores, nessas mentalidades – no aumento

²⁰³ Expressões utilizadas por Otavio Frias Filho no prefácio da obra “Mensalão. Diário de um julgamento. Supremo, Mídia e Opinião Pública”. (Falcão, 2013, p. 1)

de nível da curva recursiva²⁰⁴ das comunicações do tema -, de tal modo que ela seja uma espécie de “cama de Procusto” judicial. Desse modo, de nada valeria os argumentos de defesa, pois estariam todos sufocados pela atmosfera condenatória reinante.

Ocorre que o STF possui também a função de guardião da Constituição, cujo núcleo fundamental está a enumeração dos direitos e garantias. Essa função, fundamentalmente contramajoritária, (Mendonça; Barroso, 2013) não se subordina à “atmosfera político-social em que está imersa”, ou criada. Em inúmeros casos a Corte reafirmou a sua independência em relação à opinião pública, ou publicada.

Embora tenha procurado dissimular suas posições políticas, o subsistema social de comunicação, representado pelas organizações que o compõem, os meios de difusão de massa, adotou nitidamente uma postura de ataque aos condenados na AP 470/MG. Além disso, essa postura também se alimentava recursivamente das próprias notícias, das próprias observações, as quais tendiam a traduzir a opinião pública pela opinião publicada. (Nunomura, 2012, p. 28)

De sorte que são múltiplos os aspectos a considerar. Entretanto, para a nossa análise, ficou patente que a AP 470/MG ficará marcada na história institucional do STF, como o mais longo julgamento que a Corte já realizou; maior número de sessões, de réus efetivamente julgados, entre outros aspectos. Todavia, não pode ser considerado o mais célebre julgamento, como quer nos fazer acreditar aqueles interessados ainda nos seus efeitos extrapenais, nem muito menos “uma cascata de equívocos”.

De maneira que a teoria dos sistemas autopoieticos nos orienta a desconstruir essas observações e, assim, propicia um nível de percepção que vê nesse conflito criminal como apenas mais um episódio, embora importante, na história da organização social central do sistema jurídico - o STF.

É de se perguntar, qual o enquadramento que a teoria sistêmica dá aos escândalos políticos midiáticos? Se ela trata de descrever a sociedade, e os escândalos políticos midiáticos são fenômenos sociais, é plausível entender que haja o seu enquadramento teórico. Existe de fato um aparato conceitual disponível para tratar esse fenômeno. O que a teoria sistêmica observa que as outras teorias não distinguem? O que ela pode acrescentar? Além disso, como conectar essa observação com o enfoque que a teoria sistêmica disponibiliza à observação do sistema jurídico?

²⁰⁴ Como se viu, Luhmann denomina “Curva Recursiva” às informações ou temas recursivos, em que as informações posteriores continuam a fazer referência ao acontecimento indicado inicialmente, de forma circular. (Luhmann, 2005, p. 19) Ciro Marcondes Filho diz, que no jargão brasileiro esse fenômeno se denomina de “repercutir” a notícia, “por algum tempo após sua primeira edição.” (Luhmann, 2005, p. 19, nota do tradutor).

Não há dúvida que Luhmann reservou extensas análises ao sistema jurídico.²⁰⁵ Também elaborou uma teoria sofisticada dos meios de comunicação. A tarefa inequivocamente desafiadora consiste em estabelecer um vínculo entre essas duas observações. Observar como o STF – organização nuclear do sistema jurídico – interage ou processa os escândalos políticos midiáticos. Os conceitos destacados da teoria sistêmica: autopoiesis, sistema/ambiente, observação de primeira e segunda ordem, bem como a descrição dos sistemas sociais, são, dessa forma, fundamentais para compreender essa conexão que se dá fundamentalmente pelas irritações proporcionadas pelos acoplamentos estruturais, existentes entre os subsistemas de comunicação e jurídico.

Em primeiro lugar, deve-se ter presente que ambos os subsistemas possuem elevada contingência e complexidade.²⁰⁶ (Neves; Neves, p. 190-191) De maneira que eles observam a sociedade, os demais sistemas sociais que constituem o seu entorno e a si mesmos (auto-observação).

Talvez essa seja a principal contribuição da teoria sistêmica, explicar os fenômenos dos escândalos políticos midiáticos e os seus julgamentos no contexto da teoria sistêmica da sociedade funcionalmente diferenciada. (Machado, 2014, p. 52)

Luhmann, ao observar as práticas nas quais os códigos são violados, a distinção entre legal/ilegal no caso da corrupção, ou os casos do conhecimento privilegiado dos “*insiders*”, nas negociações da bolsa de valores, ou ainda, no “*dopping*”, no caso de esportes de alto desempenho, afirma que os meios de comunicação de massa convertem os problemas em escândalos e, com isso, revalorizam o caso moralmente:

Em todos estes casos, os meios de comunicação de massas, mediante sua cobertura informativa, convertem o problema em escândalo e com isso o revalorizam moralmente. Por outra parte, a difusão destes fenômenos leva a uma perplexidade prática: os escândalos vivem de que nem tudo seja descoberto. Da indignação —fácil de excitar— também não se deduz o que se tem que fazer que seja efetivo praticamente. A improbabilidade da codificação tem seu correlato na probabilidade da sabotagem. Frente a esse tipo de escândalos dos “*insiders*” será de escassa ajuda tecer a rede de regulações éticas cada vez mais estreitamente sobre a base de experiências casuísticas. O único que pode ajudar — se é que se pode utilizá-lo sem corrupção — é o direito que

²⁰⁵ Para Celso F. Campilongo “a mais completa e refinada arquitetura conceitual da sociologia jurídica da segunda metade do século XX.” (Campilongo, 2012, p. 62)

²⁰⁶ “Complexidade significa a totalidade dos possíveis acontecimentos e das circunstâncias: algo é complexo, quando, no mínimo, envolve mais de uma circunstância. Com o crescimento do número de possibilidades, cresce igualmente o número de relações entre os elementos, logo, cresce a complexidade. O conceito de complexidade do mundo retrata a última fronteira ou o limite último extremo. Sendo que é possível, só é possível no mundo.” (Neves; Neves, 2006, p. 191)

sanciona as infrações com consequências graves. (Luhmann, 2007, p. 316-317)

No caso do escândalo do “Mensalão”, identifica-se claramente a presença dos subsistemas sociais jurídico e de comunicação, de forma direta e, indiretamente, o sistema político. A observação realizada pelo subsistema jurídico perturba (irrita) de maneira peculiaríssima os subsistemas de comunicação e político, que fazem parte do seu ambiente (entorno).

O sistema político, embora não tenha sido descrito, em detalhes, nesta pesquisa, pelas limitações apontadas, sofre as irritações do sistema jurídico e, mais ainda, do sistema de comunicação, como foi descrito, quando tratados os acoplamentos estruturais do sistema de comunicação com o sistema político.

O STF nitidamente condenou diversas práticas existentes no sistema político. Há em todos os votos dos ministros do STF censuras explícitas das práticas identificadas, como favorecimentos, em troca de apoio político, “sobras de campanha”, etc., presentes na AP nº 470/MG. Alguns ministros, inclusive, com muita veemência.²⁰⁷ Entretanto, o sistema político poderá receber ou não essas irritações, segundo a construção, reprodução e delimitação de seus elementos a partir dos seus próprios códigos (governo/oposição, poder/não poder). (Campilongo, 2011, p. 71)

De igual modo, o sistema de comunicação recebe as observações do sistema jurídico, e pode ou não as processar, segundo também sua lógica interna, que, como se viu, utiliza o código informação/não informação. (Luhmann, 2005, p. 15)

Talvez o maior achado desta investigação tenha sido a observação de que o subsistema de comunicação também utiliza as observações do sistema jurídico como entretenimento. Isso se deu quando ele, ao observar o STF, produziu observações que perderam as características de notícia – fundamentalmente o caráter investigativo das reportagens. A busca pelo esclarecimento dos fatos, a “verdade dos fatos”, que, porém, não se confunde com o código (verdade/não verdade) do sistema da ciência, mas possui o sentido de revelação de uma realidade. Uma realidade socialmente construída. (Luhmann, 2005, p. 129-130)

Os critérios de seleção de temas para veiculação, como notícia: imediatismo (surpresa), os conflitos e dramas, questões de estatística (quantidades são sempre informativas, embora

²⁰⁷ Por exemplo voto dos Ministros relator, Joaquim Barbosa, Celso de Mello e Gilmar Mendes. Cf. <http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=11541> último acesso 22/4/2016.

possam ser maior ou menor), etc., são substituídos pelo critério do entretenimento, que está vinculada com o lazer. A possibilidade de ocupar o tempo supérfluo. (Luhmann, 2005, p. 93)

Entretenimento significa não procurar nem encontrar nenhum motivo para responder à comunicação com comunicação. Em vez disso, o observador pode concentrar-se na vivência e nos motivos das pessoas apresentadas no texto e nesse caso praticar a observação de segunda ordem. E, como se trata “apenas” de entretenimento, a questão da autenticidade não se coloca, como correria no caso de uma obra de arte. (Luhmann, 2005, p. 102)

Nesse processo, como os meios de difusão de comunicação do subsistema social do direito funcionam como entorno do sistema de comunicação, fornecem a matéria que será neste sistema recortada e reelaborada, para posteriormente ser difundida segundo os próprios códigos do sistema de comunicação.

Não é que tenha sido uma decisão explícita dos meios de difusão do sistema jurídico de atuarem como agentes de entretenimento. Essa função resultou de um processo que independe de intenção, provavelmente um “efeito não intencional”.²⁰⁸ A crítica de Eugênio Bucci, embora pertinente, não se aplica a esse caso. É certo que as “emissoras públicas não fazem entretenimento”. Aliás, segundo ele, a “TV pública não faz, não deveria dizer que faz e, pensando bem, deveria declarar abertamente que não faz entretenimento.” (Bucci, 2013, p. 119 e 233)

Para Bucci, inclusive, as emissoras serão cada vez mais públicas quanto mais elas se dedicarem à desconstrução dos “cenários inebriantes erguidos pela indústria do entretenimento, cujo núcleo é o fetiche da mercadoria.” (Bucci, 2013, p. 119 e 233) Na medida em que esse processo de desmontagem do *mis en scene* midiático, das engrenagens do entretenimento, ajuda os telespectadores a ter uma visão crítica dessa indústria.

A TV-Justiça, através dos seus programas, em particular o “Direto do Plenário”, apenas reportaram, como sempre o fizeram, o que ocorreu no Plenário do STF. Ora, independia da

²⁰⁸ Poderia aqui ser invocada a teoria dos efeitos não intencionais, estudada por Merton (Merton, 1936, p. 894-895), cujas causas, para ele, seriam: ignorância, por não ser possível antecipar ou prever tudo; erro na análise do problema; interesses de curto prazo que sobrepujam os de longo prazo; a própria ação que pressupõe valores iniciais que requerem ou proíbem certas ações que, por sua vez, podem alterar aqueles valores iniciais, fazendo que o resultado a longo prazo seja desfavorável; finalmente, a profecia auto-malograda - “self-defeating prophecy”- que ocorre quando o medo de alguma consequência decorrente da ação pública leva as pessoas a encontrar soluções antes mesmo da ocorrência do problema, seria uma predição que previne que a própria predição ocorra. Posteriormente, Merton descreveu o outro lado desse mesmo fenômeno, denominando de profecia autorrealizável - “self-fulfilling prophecy”, ao estudar a corrida dos correntistas aos bancos, verificando que, quando se difunde o boato de que um banco está em dificuldades financeiras, os clientes apressam-se em retirar os valores ali depositados e liquidar outros negócios, de modo que o banco acaba falindo mesmo (Merton, 1968, p. 477). Luhmann cita como exemplo, a implantação de novas tecnologias, numa organização, na qual ocorrem diversos efeitos não desejáveis, mas que ao final, pelo resultado esperado, era razoável sacrificar.

vontade desse órgão a utilização dessas imagens, por outros veículos de comunicação, com finalidade diferente daquela inicialmente dada - a informação da dinâmica do julgamento e seu desiderato. Os meios de comunicação de massa utilizaram-se daquelas observações na elaboração das suas próprias observações. As imagens geradas pela TV-Justiça, em *broadcasting*, serviram como irritações contínuas, gerando novas observações desses veículos de comunicação – num processo de acoplamento constante, frente a uma situação de mudanças ininterruptas dos sistemas observados.²⁰⁹

Foi o que ocorreu no julgamento do escândalo político do “mensalão”. O tema foi veiculado ininterruptamente. Houve uma espécie de autoprodução recursiva do tema, ou seja, as veiculações posteriores continuavam a fazer referência ao acontecimento indicado inicialmente. (Luhmann, 2005, p. 19) De modo que as observações anteriores são consumidas não mais como notícias, com base em contextos de reportagens com novidades e valor informativo, mas como entretenimento – portanto, um produto do espetáculo. (Luhmann, 2005, p. 93).

Dada as circunstâncias que o Estudo de Caso revelou, a duração, o ritual envolvido, e outros elementos simbólicos presentes no julgamento, podem ter certamente contribuído para que a cobertura continuada, pelo sistema de comunicação, criasse elementos dramáticos ao Caso, numa espécie de telenovela processual, ou, talvez, numa narrativa moralista de melodrama – que se inicia “com um forte antagonismo seguido por um intenso confronto, ao passo que o desenlace homologa o triunfo do bem e castiga o mal.” (Oroz, 1999, p. 37)

3.1. O julgamento do “Mensalão” na mídia

A grande diferenciação da abordagem dos sistemas autopoieticos talvez esteja na compreensão dos escândalos midiáticos como fenômenos sociais que irritam de modo peculiar o subsistema social do direito, ou que ativam operações nesse sistema, que lhe permite manter equilíbrio entre estabilidade e instabilidade, variação e redundância, mudança e conservação. (Campilongo, 2012, p. 4)

Os escândalos políticos midiáticos possibilitam uma observação do subsistema jurídico sobre as operações políticas – observação de segunda ordem -, ou melhor, parte das práticas políticas exercidas possivelmente de forma contrária aos programas do direito. Dessa maneira, o sistema jurídico, então, estabiliza as expectativas dos sistemas midiáticos em relação ao direito.

O mesmo poder político pode ser também submetido ao direito, de maneira que pode utilizar seus próprios meios de coação unicamente se media o direito, e inclusive pode mudar o próprio direito tão só se se sujeita aos requerimentos estabelecidos para ele pelo sistema jurídico. A

²⁰⁹ Como indicamos, Humberto Maturana denomina esse processo de *structural drift*. (Maturana, 2002, p. 17)

designação habitual para estes processos é o “*rule of law*” ou o Estado de Direito. (Luhmann, 2007, p. 278)

Joaquim Falcão afirma que não há como entender o julgamento do “mensalão” sem entender o papel da mídia (Falcão, 2013, p. 9). Nossa observação, como salientado, a partir da teoria sistêmica, identifica como aspecto fundamental para compreensão desse Caso a comunicação dos sistemas sociais funcionalmente diferenciados, suas autopoiesis e os acoplamentos estruturais envolvidos, que rejeitam uma causalidade linear e mecânica.

Conforme descrito, ocorreram diversas aberturas cognitivas do subsistema jurídico às irritações do subsistema de comunicação. Como se deu no caso das imagens das telas dos *notebooks* dos ministros Cármen Lúcia e Ricardo Lewandowski, durante a sessão do Plenário destinada a deliberar sobre recebimento ou não da denúncia. Precisamente enquanto o então Procurador-Geral da República, Antonio Fernando de Souza, fazia sua sustentação oral.²¹⁰ Também, no caso da gravação da comunicação telefônica, feita no ambiente de um restaurante, em que o ministro Ricardo Lewandowski afirmou que na sessão de recebimento da denúncia: “Todo mundo votou com a faca no pescoço”.²¹¹

Segundo ainda Joaquim Falcão, o ministro aposentado Carlos Britto afirmou, em entrevista, que a decisão mais difícil do caso do escândalo político midiático do “Mensalão” foi o de pautar o processo:

Uma decisão que teria de ser tomada por quem quer que fosse presidente do Supremo depois da entrevista do Ministro Ricardo Lewandowski, à Folha de S.Paulo, em 14 de dezembro de 2011- “Mensalão terá prescrição de penas, diz Lewandowski”. Eu ou qualquer outro que ali estivesse. (Falcão, 2013, p. 11)

Na entrevista a que se referiu Carlos Britto, Ricardo Lewandowski teria afirmado que havia já naquela altura o risco de prescrição da pretensão punitiva de crimes apontados pela denúncia: “Com relação a alguns crimes não há dúvida nenhuma que poderá ocorrer a prescrição.” A entrevista foi veiculada no dia 14/12/2011, intitulada “Mensalão terá prescrição de penas, diz Lewandowski.”²¹²

O julgamento de um EPM possui diversas variáveis, como os fatos e circunstâncias que emolduram esse caso concreto, os atores envolvidos, as normas legais que incidem no caso, a

²¹⁰ “Tendência era amaciar para Dirceu”, diz ministro do STF. Folha de S.Paulo. Edição de 30 de agosto de 2007. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/brasil/fc3008200702.htm> último acesso 15/12/2015

²¹¹ Disponível em: http://www.conjur.com.br/2007-ago-30/lewandowski_afirma_stf_votou_faca_pescoco último acesso 24/1/2016

²¹² Disponível em: http://www1.folha.uol.com.br/poder/poderepolitica/ricardo_lewandowski.shtml último acesso 15/12/2015

composição do Tribunal, etc. É claro que os juízes tomam conhecimento da opinião pública sobre o caso que está sob os seus cuidados, as manifestações presentes nas reportagens jornalísticas em jornais, televisão ou *internet*. Entretanto, esses profissionais possuem experiência para decidirem o caso criminal de acordo com critérios jurídicos, dos quais não está incluída a opinião pública, ou mesmo a publicada.

Essas pressões externas, da imprensa, da família, da opinião pública, embora possam ser identificadas, não podem ser admitidas como determinantes para a decisão criminal, pois significaria desconhecer a complexidade do subsistema criminal e a forma como ele processa as irritações produzidas por outros sistemas sociais, como a política e a comunicação.

O subsistema criminal seleciona aquelas irritações que serão processadas, segundo seus elementos constituintes, e, a partir deles, toma uma decisão (comunicação). Dessa maneira, ele preserva sua autonomia, seus programas e processos internos, e resolve a irritação sofrida, produzindo novas observações.

3.2. Como se irrita o STF?

Como salientado, os sistemas autopoieticos estão determinados pela sua estrutura, no sentido de que somente elas próprias podem estabelecer as operações que efetua. (Corsi; Esposito; Baraldi, 1997, p. 19) Disso decorre que o entorno ou ambiente de um sistema somente pode afetá-lo pelo processo de irritação (ou perturbação).

Como observado, Luhmann descreve a sociedade moderna como sendo composta de sistemas de comunicação autopoieticos, que envolve a diferenciação funcional dos sistemas sociais – sistemas parciais. Essa concepção teórica dos sistemas autopoieticos revela as conexões entre o sistema de comunicação (mídia) e o sistema judicial, ao mostrar que os meios de comunicação de massa interpretam as entradas (irritações ou perturbações) do sistema jurídico e, no seu processo autopoietico, transformam essas observações nas observações que ele mesmo faz. Muitas vezes simplificando essas observações do sistema jurídico, por uma necessidade, porque, do contrário, diminuiria o espectro de seus destinatários, uma vez que nem todos os espectadores estão interessados em detalhes técnicos sobre julgamentos criminais, sobre a decisão jurisdicional especificamente e as teorias jurídicas em que se fundamentaram. (Nobles; Shiff, 2004, p. 223)

Ora, o que muitas pessoas sabem sobre o direito elas irão saber através dos meios de comunicação de massa (mídia). (Nobles; Shiff, 2004, p. 221) (Luhmann, 2005, p. 15) São as autodescrições produzidas pela própria sociedade. (De Giorgi, 2011, p. 11) Da mesma forma, para quem está familiarizado com o sistema jurídico verá as reportagens do sistema de

comunicação (mídia) como simplistas, distorcidas ou juridicamente incorretas. (Nobles; Shiff, 2004, p. 221).

Como visto, mas não custa reafirmar, os sistemas funcionalmente diferenciados, como o de comunicação, são fechados operacionalmente, mas abertos cognitivamente aos diversos acoplamentos que realiza com o seu ambiente. Segundo Nobles e Shiff, como esse subsistema social (mídia) se apropria das comunicações de todos os demais subsistemas sociais, pode-se dizer que é o sistema mais aberto de todos. (Nobles; Shiff, 2004, p. 225)²¹³ Entretanto, essa abertura faz com que o sistema de comunicação e os meios de comunicação de massa, como organizações desse subsistema, traduzam essas irritações do seu ambiente (advindos dos demais sistemas e organizações) para o seu código próprio (definido como informação/não informação).

Assim, ao selecionar a informação do entorno (comunicação) ela é autopoieticamente traduzida, de maneira que nunca será a mesma produzida originariamente pelo entorno, pois são observações de observações. (Nobles; Shiff, 2004, p. 226 e 228). Derivando daí, não raro, a existência de descompassos entre as respectivas descrições (observações) de um mesmo evento, um fato jurídico, por exemplo.²¹⁴

O sistema jurídico é uma fonte de informações constante. A todo o momento, novas controvérsias surgem, não apenas de desvios de conduta envolvendo escândalos midiáticos. Os meios de comunicação de massa fazem a seleção delas, segundo seus próprios critérios e produzem outras comunicações segundo essa observação (Nobles; Shiff, 2004, p. 243) Também nisso constitui a riqueza da abordagem sistêmica, na capacidade de iluminar a natureza e complexidade dos sistemas funcionais, sem que seja dada qualquer ênfase a alguma característica específica.

Segundo a teoria de sistemas autopoieticos, os acoplamentos estruturais se dão quando há uma conexão estrutural entre dois sistemas, ou, em outras palavras, “quando dois ou mais sistemas ocasionalmente executem operações autopoieticas (autorreferenciais) que tenham por base os mesmos valores – valores comuns – ou valores complementares, os quais em certas condições conduzem a que os sistemas operem de modo unificado.” (Viana, 2012, p. 145)

²¹³ “The mass media utilize the communications of every area of social life. In that sense, they are more open than any other system. But because these communications are selected by reference to a different code from that applied in the system they are taken from, they can ever reproduce the meaning of those communications within that other system.” (Nobles; Shiff, 2004, p. 225)

²¹⁴ Como é demonstrado por Nobles & Shiff, no episódio envolvendo Sally Clark, acusada de matar os dois filhos, mas depois foi inocentada (Nobles & Shiff, 2004, p. 243) mas que não se difere de outras “miscarriage” brasileiras, como aquela tão citada relativa à “Escola Base” de São Paulo, na qual há um processo de linchamento sistemático dos acusados, para ao final serem inocentados.

Observa-se que o Supremo Tribunal Federal – STF dialoga com diversos subsistemas funcionais, sem perder seu código binário fundamental, na forma de acoplamentos estruturais. Isso decorre, também, da posição central por ele ocupada no subsistema judicial, o que lhe permite interagir com múltiplos subsistemas sociais. Constitui-se, assim, numa organização polifônica²¹⁵ (Andersen, 2003, p. 166-171)²¹⁶ sem que a existência dessa característica possa de alguma forma quebrar ou corromper a codificação que lhe caracteriza funcionalmente, e que decorre do fenômeno da evolução dessa organização de homofônica para polifônica.

Os sistemas são fechados, indetermináveis, realizam duas operações básicas: o fechamento operacional e o acoplamento estrutural, que é, assim, a *interface* entre o sistema considerado e os demais, ao ambiente ou sistemas externos. Constitui-se, portanto, num espaço de irritações (perturbações) dos sinais que cada sistema emite e é percebido pelo outro sistema, através do processo de observação. Para a teoria sistêmica, um ambiente jamais promove transformações ou mutações no interior de outro sistema, mas cada sistema seleciona uma parte do ambiente e viabiliza o acoplamento.

De maneira que o sistema seleciona do ambiente as irritações (acontecimentos) – reduz a complexidade ao incorporar essa informação externa, construindo novas estruturas, “no caso específico do direito: outras possibilidades decisórias! Em suma, o sistema do direito, por meio do Supremo Tribunal Federal na repercussão geral, passa a constituir-se em um observador dos observadores. Assim, o sistema observa-se a si mesmo pelas observações produzidas pelos seus observadores”. (Viana, 2012, p. 172)

No caso, por exemplo, das observações do sistema midiático sobre o STF, sob a forma de irritações que esse sistema de comunicação provoca naquela organização central, verifica-se que somente são aceitas aquelas que o sistema jurídico entende, pelos seus códigos internos, como relevantes.

Analisando-se essas irritações, partindo do sistema de comunicação, identificam-se alguns tipos de informação ou de temas que se pode chamar de recursivos, nos quais as

²¹⁵ Conceito que nos vem desde o século XV, baseado no Coro Gregoriano que possui várias vozes, representando cada uma um texto, uma melodia e ritmo num diálogo sonoro na mesma peça musical.

²¹⁶ Muito embora para Andersen “Organizational polyphony only pertains to the management of multiple binary codifications. My proposal for a definition is as follows: An organization is polyphonic when it is connected to several function systems without a predefined primary function system.” (Andersen, 2003, p. 167) Ora, o STF pertence a um sistema social (direito) que possui inequivocamente um predefinido sistema funcional e as decisões jurisdicionais, conquanto utilize informações sob a forma de códigos de outros subsistemas sociais (vozes) pelos seus programas próprios que possibilitam a abertura operacional, não faz desaparecer o código principal que é lícito / ilícito (direito / não direito).

informações posteriores continuam a fazer referência ao acontecimento indicado inicialmente. Luhmann denomina de Curva Recursiva. (Luhmann, 2005, p. 19)²¹⁷

De fato, ao observar os temas objeto de processos comunicativos recentes, como os relacionados com o escândalo político midiático do “Mensalão”, presente na Ação Penal 470/MG, verifica-se que dois dos principais veículos de comunicação de massa do país (jornal Folha de São Paulo e revista Veja) fizeram do tema “mensalão” um de seus agendamentos mais evidentes nos últimos anos (2005-2012).²¹⁸ A partir das observações desta pesquisa, foi construída uma base de dados, a partir de informações das páginas *web* desses meios de difusão, as quais permitiram realizar essas observações.

A tabela 2.1 e o Gráfico 1, anexos, procuram reproduzir a Curva Recursiva tal como entendida por Luhmann. Embora a amostra espectral que foi construída seja larga – de 2005 a 2012 (agosto), quase oito anos – ela não abrange o final do julgamento, que perdurou todo o segundo semestre de 2012, como se sabe, e início de 2013. De sorte que o comportamento da “curva” não diferirá, pois, como se viu ao se observar a Estrutura Sequencial do Escândalo Político Midiático do “Mensalão”, o *clímax* ou *desenlace* ocorreu no final de 2012 e início de 2013. De modo que, à medida que não se consegue mais extrair do julgamento algo novo, quando as comunicações sucessivas perdem a sua capacidade de transformar o não entendido em entendido, dá-se uma diminuição da veiculação daquele tema como notícia – que passa a ser considerado velho, destituído de uma das qualidades essenciais para as operações subsequentes, nessa modalidade, pelo sistema de comunicação.

Quanto às irritações propriamente, há, de fato, um tipo de notícia ou reportagem que o STF demonstra ser particularmente sensível. Dentre elas, certamente estão as fotorreportagens dos *notebooks* dos ministros no Plenário do STF, no qual estabeleceram uma conversação sobre alguns dos colegas e sobre o escândalo político midiático do “mensalão”, quando do recebimento da denúncia;²¹⁹ também, nas reportagens publicadas pela Folha de São Paulo²²⁰ sobre a interceptação da comunicação telefônica do ministro Ricardo Lewandowski, em um diálogo com um interlocutor (seu irmão), captadas por uma jornalista num restaurante em

²¹⁷ “No jargão brasileiro fala-se, a esse respeito, de ‘repercutir’ a notícia por algum tempo após sua primeira edição.” (Luhmann, 2005, p. 19, nota do tradutor).

²¹⁸ O que talvez tenha alimentado as expectativas do Procurador-Geral da República, Roberto Gurgel, no sentido de que os efeitos do julgamento fossem transmitidos à sociedade, repercutisse nas eleições municipais: “Não sei. Isso aí as urnas dirão se haverá alguma repercussão. A meu ver, era bom que houvesse”. Disponível em: <http://jornalggn.com.br/blog/luisnassif/gurgel-espera-que-mensalao-influencie-eleicoes?page=1> último acesso 20/12/2015.

²¹⁹ “Tendência era amaciar para Dirceu”, diz ministro do STF. Folha de S.Paulo. Edição de 30 de agosto de 2007. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/brasil/fc3008200702.htm> último acesso 15/12/2015

²²⁰ Disponível em: http://www.conjur.com.br/2007-ago-30/lewandowski_afirma_stf_votou_faca_pescoco último acesso 24/1/2016

Brasília, após o recebimento da denúncia desse Caso. Elas realçam muito mais que monografias inteiras a fina linha que separa a intimidade e o interesse público de informar.

O irônico desses episódios é que eles foram realizados (se deram) em ambiente público, em um restaurante e numa sessão pública do Supremo Tribunal Federal, para ser mais específico, o que não significa que, só por isso, se possa devassar a intimidade de personalidades públicas, como magistrados, unicamente por se localizarem em ambiente público.

A presença da figura devassadora de intimidades - jornalistas portando câmeras fotográficas - no plenário do STF é de *per si* um alto fator que irrita sistemicamente a organização do subsistema jurídico. A simples presença de alguém, devidamente municiado com seus fabulosos instrumentos de zoons traz instabilidade ao ambiente, na medida em que interrompe comunicações entre outras atividades, embora os integrantes daquela organização não se incomodem com as filmagens das câmeras da TV-Justiça – pois, neste caso, trata-se de uma câmera domesticada, controlada – cujas ampliações de imagens (zoons) não vão muito além de expor as gravatas e penteados dos magistrados, PGR, advogados e serventuários (contrarregras).

Em termos sistêmicos, pode-se conceber essa presença física dos repórteres como uma das formas de irritação sistêmica, a observação da imagem dos repórteres é, assim, uma linguagem importante – e é curioso que as câmeras dos fotógrafos jornalistas podem até estar quebradas – há uma forma de ameaça virtual, abstrata para os julgadores, essa incômoda presença, constituindo-se, portanto, limite para a visibilidade pública, numa espécie de “*línea Maginot*” (Pires, 2004a, p. 11-12), como a dizer: visível “*ma non troppo*”.

É inequívoco que a imprensa e mais particularmente as câmeras de vídeo são grandes auxiliares do Processo Penal moderno. Basta verificar nas peças iniciais dos inquéritos as referências a “matérias publicadas” ou as “imagens contidas nos vídeos”, etc. Aliás, é de se lembrar que no Século XX floresceu um modo ou estilo de reportar fatos e acontecimentos sem alterar, com a sua presença, as revelações que se procura retratar, por isso se dizia da “mosca na parede”.²²¹ Modernamente, essa mosca na parede foi substituída pelas câmeras de circuito interno e dos aparelhos de telefone celular. Muito embora seja difícil alguém fazer algo sem levar em consideração a diretiva exposta na mensagem sutil “sorria, você está sendo filmado”.


²²¹ Como chegou a ser definido o estilo jornalístico de Lillian Ross, na medida em que esse “inseto, quase invisível na parede, poderia observar o ambiente sem constranger os personagens, deixando-os à vontade para fazer revelações importantes.” (Ross, 2005, p. 11).

Ironicamente reflete o uso da metonímia ao transpor, de forma sintética, o pictograma de uma cara sorrindo,²²² a indicar que a imagem gravada será a testemunha tirana do ato.

A seu modo, como já anotado, as câmeras de vídeo são os postes de iluminação e a luz do sol de que falava o Juiz da Suprema Corte norte-americana Louis Brandeis.²²³ Metaforicamente, os atores jurídicos interpretam um texto, no contexto processual penal, mas que se destina ao público, à sociedade como forma de prestação de contas de sua atividade, com o auditório, nesse sentido, é estabelecida uma vinculação, mas não se trata de uma representação teatral, na qual é criado o jogo, a encenação, a transposição do real ao imaginário na cena – uma falsidade bem ensaiada.

Dessa maneira, os meios de comunicação de massa do setor privado, hegemônicos no sistema de comunicação social, possuem um significativo poder no ambiente cognitivo de grande parte da população, não tanto de como as pessoas vão pensar, mas na definição do que elas vão pensar. (Bucci, 1996, p. 19) Um componente importante de uma vasta rede simbólica de distribuição de conhecimento social sobre a sociedade,²²⁴ faz com que muitos venham a se valer desse conhecimento, das realidades construídas por eles, como forma de construção do próprio conhecimento sobre fenômenos sociais relevantes, como a criminalidade e a violência e, assim, indiretamente, é possível conceber esse papel fundamental desses meios de comunicação. (Luhmann, 2005, p. 15)

Daí a importância da teoria do *agenda setting* - “um tipo de efeito social dos meios de comunicação de massa a longo prazo que envolve a seleção, incidência e disposição de notícias sobre temas que a opinião pública falará e discutirá.” (Marcondes Filho, 2014, p. 28) -, estudado a partir da pesquisa de Maxwell McCombs e Donald Shaw, sobre as campanhas presidenciais de 1968, 1972 e 1976, nos Estados Unidos, no qual se é descrito como ocorre a influência da mídia na sociedade, na capacidade de apresentar (selecionar) quais as questões que são mais importantes, hierarquizando-as. Assim, pode ser que os meios de comunicação de massa não definam como as pessoas irão reagir em relação a uma questão qualquer, mas tem o significativo papel de influir na eleição desse assunto, hierarquizando as questões ou temas, segundo sua observação – “criando uma espécie de horizonte de eventos, ou seja, alguns fatos, ao serem

²²²  “small you are filmed”.

²²³ “Publicity is justly commended as a remedy for social and industrial diseases. Sunlight is said to be the best of disinfectants; electric light the most efficient policeman.” (Brandeis, 1914, p. 92)

²²⁴ Não é um fenômeno regional, ou mesmo nacional, segundo Ramonet, entramos na “era da informação global, particularmente desde o desenvolvimento – no final dos anos 80 - da *Cable News Network* (CNN) uma rede de abrangência planetária, mas, com o caso Diana, vivemos o primeiro episódio verdadeiro desta era.” (Ramonet, 1999, p. 13)

selecionados e dispostos de forma mais enfática, serão encarados pelo público como temas ou problemas de legítima relevância ou pertinência” (Marcondes Filho, 2014, p. 28).

A observação sistêmica, no entanto, compreende a escolha e a veiculação dos temas como elementos internos do sistema de comunicação, os quais estabelecem quais as notícias ou temas serão mais noticiados que os outros, nos veículos de difusão de informação, das grandes organizações de comunicação. (Luhmann, 2005, p. 71)

Na realidade, o sistema de comunicação é um sistema funcional complexo, cujos elementos internos vão determinar os critérios utilizados para transformar alguma informação em notícia. São compostos, assim, por um conjunto complexo e articulado de fatores, que inclui

a agenda da concorrência, a disponibilidade de fontes de informação e o perfil político e comercial do veículo. Escândalos políticos, com suas fontes institucionais (Congresso Nacional, Ministério Público, Polícia), acostumadas com o dia-a-dia da imprensa, colaboram para a viabilidade da divulgação, enquanto a dimensão moral dos atos de transgressão política contribui para a definição do valor da notícia, ou seja, sua importância para a agenda da mídia. (Aldé; Vasconcellos, 2008, p. 61)

De maneira que os temas relacionados com julgamentos criminais de escândalos midiáticos do STF – como ocorreu com o julgamento do escândalo político midiático do “mensalão” - Ação Penal nº 470/MG (Nunomura, 2012, p. 22) -,²²⁵ se enquadram nesses critérios de “noticiabilidade”, mas não se devem descartar aqueles temas de crimes e violência, os quais estão ligados com o “*moral panics*”.²²⁶ Além de serem peculiares produtos de entretenimento, já que ver e ouvir (assistir) à distância é uma característica da sociedade moderna – a partir da televisão – onde tudo pode ser visualizável e, mais recentemente, do *ciberespaço*.

O acoplamento estrutural entre direito e sistema de comunicação compartilha as mesmas características do acoplamento estrutural entre mídia e outros sistemas sociais, como ciência, economia, política, etc., - aqui concebidos como sistemas autopoiéticos. Com todos esses sistemas funcionalmente diferenciados o sistema de comunicação realiza acoplamentos estruturais a partir de notícias, propaganda e entretenimento.

²²⁵ Embora, nesse caso, estivesse entrelaçado o julgamento dos acusados com o julgamento político do governo, decorrendo disso o fato de existirem diversos discursos ideológicos na imprensa tanto pela condenação quanto pela absolvição.

²²⁶ Expressão utilizada por Stanley Cohen para designar os Mods e Rokers do estudo que realizou nos anos 60 na Inglaterra e os efeitos de pânico moral que eles geravam (Cohen, 2010, p. 2-3). Também pode-se citar o estudo de Jock Young sobre a transformação do “*moral panics in the late modern period*”, apontando diversas características, mas que essas mudanças do conceito de “*moral panic*” tem sido resultado da vasta expansão e diversificação dos meios de comunicação de massa. (Young, 1999, p. 25)

No caso do direito, em particular, esse acoplamento se dá pela forma de notícias, informações decorrentes de matérias jornalísticas, envolvendo algum interesse jurídico, além dos casos de “julgamentos” realizados pela mídia. É o caso dos escândalos políticos midiáticos. As irritações acabam por desencadear processos internos nesses sistemas. No subsistema do direito, os escândalos midiáticos também são fonte de irritação sistêmica. Principalmente quando é o próprio sistema jurídico o alvo ou o objeto de observação pelo sistema de comunicação.

O julgamento pelo STF de escândalos políticos midiáticos fornece informações para o sistema de comunicação, seu entorno. De sorte que não é apenas o sistema de comunicação que produz informação para o sistema jurídico. O Sistema jurídico também é um fornecedor (exclusivo) das próprias observações que produz.

Sucedee, porém, que a observação do escândalo político midiático do “mensalão” revelou que o acoplamento estrutural entre sistema de comunicação e o sistema jurídico também pode se dar pela forma de entretenimento. Nesse caso, em razão da recursividade das informações, ocorre uma forma de diferenciação dessa observação - o sistema jurídico observa os observadores -, que passa a ser observada como entretenimento e não mais como informação, pelas organizações do sistema de comunicação.

3.2.1. O “agenda setting” como irritação

A conexão que o sistema de comunicação social, por seus meios de difusão, exerce com o sistema político é inegável. Todavia é necessário aprofundar essa conexão, para compreender como ela se processa. A natureza própria do subsistema social da comunicação, em particular a fiscalização realizada pelo jornalismo, seu imperativo investigativo, confronta as observações e condutas do sistema político, com os programas partidários respectivos, as promessas de campanha e outras exigências de caráter compromissório. O Congresso Nacional é, dessa maneira, uma organização social propícia para o “agendamento” midiático, em razão dos múltiplos acoplamentos existentes no sistema político e as inúmeras irritações que provoca nos demais subsistemas sociais.

Nesse sentido, a pesquisa feita por Malena Rehbein Rodrigues observou como os meios de comunicação de massa de grande circulação – denominada por ela de “Mídia impressa” -, agenda o Congresso Nacional, ou seja, como esses meios de difusão estabelecem aqueles temas que serão abordados nas suas ações, discursos e votações parlamentares. (Rodrigues, M., 2002, p. 103-123)

Esse sistema constitui-se num ambiente institucional relevante no estabelecimento de prioridades nacionais, o que atrai as observações dos meios de comunicação de massa na

tentativa de interferir nessas prioridades, as quais poderá se tornar as prioridades da sociedade (Rodrigues, M., 2002, p. 107-108). Mas, sabendo disso, alguns políticos procuram obter dividendos desses acoplamentos estruturais, criando situações para atrair a atenção da imprensa – para assim serem inseridos no “palco midiático”.²²⁷ De modo que:

- 1) A imprensa agenda temas para os parlamentares via assessoria de imprensa, uma vez que os assessores estão preocupados em inserir seus parlamentares na mídia.
- 2) A imprensa possui uma relação de proximidade com parlamentares, o que favorece uma influência mútua entre as agendas política e midiática.
- 3) A imprensa agenda temas para os discursos parlamentares e para os requerimentos de informação. (Rodrigues, M., 2002, p. 114).

O sistema jurídico, como foi descrito, se pauta por outras premissas decisórias, nem sempre coincidentes com aquelas estabelecidas pelo sistema de comunicação social. De sorte que podem constituir ou não uma observação do sistema jurídico (decisão) as irritações dos meios de comunicação de massa. Aliás, essa é uma das razões para algumas observações críticas desse sistema de comunicação, em relação ao judiciário que seria “insensível” às aspirações da opinião pública (ou pelo menos a opinião publicada por alguns deles).

Evidentemente, não são todas as observações (comunicações) dos veículos de comunicação que são admitidas pelo sistema jurídico, e pelo STF, como organização central. Luhmann lembra, aliás, que a irritação é um estado do sistema que estimula a continuidade das operações autopoieticas do próprio sistema, ainda que, como mera irritação, deixa aberto se devem ou não se modificar as suas estruturas; ou seja, se devem introduzir-se processos de aprendizagem mediante outras irritações ou se o sistema confia em que a irritação, com o tempo, por si só, desaparecerá, por tratar-se de um acontecimento único. (Luhmann, 2007, p. 626)

A imensa transparência com que ocorrem os julgamentos do Plenário do Supremo Tribunal Federal contrasta, como visto, com os processos deliberativos de outras Cortes, bem como com a sessão secreta do Senado Federal, pouco tempo depois, na qual foi apreciado o pedido de cassação do mandato do senador Renan Calheiros, em Sessão fechada, na qual a imprensa e seus fotógrafos não tiveram acesso, apenas ao resultado da absolvição.²²⁸

²²⁷ “A tendência é especializar o político em alguma questão de interesse midiático, principalmente quando se trata dos chamados deputados do ‘baixo clero’, com menor projeção política, que precisam de alavancas midiáticas para ter mais espaço tanto política quanto midiaticamente. Cientes disso, muitos deles procuram por um assessor de imprensa.” (Rodrigues, M., 2002, p. 113)

²²⁸ Disponível em: <http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/renan-calheiros-e-absolvido-em-sessao-secreta-do-senado-an2uuvy7emazrg4usl02r0m6m> último acesso 20/12/2015.

Como salientado, os meios de comunicação de massa fazem a crítica da sociedade e também dos sistemas funcionais, ao denunciar corrupções, desvios de recursos públicos, e outras condutas que podem gerar escândalos midiáticos. Enfim, eles dão dimensão pública a questões políticas. Essa função, caracteriza, aliás, o jornalismo investigativo.²²⁹ Ao aprofundar a observação do episódio da divulgação das trocas de mensagens instantâneas,²³⁰ pelos ministros Cármen Lúcia e Ricardo Lewandowski, ficou evidenciado essa qualidade. De fato, na edição do dia 23 de agosto de 2007, do jornal “O Globo”, com o título “Ministros do STF combinam e antecipam voto por e-mail”, são transcritos trechos das mensagens (via programa interno troca de mensagens instantâneas) entre os ministros, durante a sessão plenária de recebimento da denúncia no Inquérito 2245, que se tornaria a Ação Penal 470/MG, contendo opiniões sobre seus votos e comentários sobre a repercussão do julgamento na sucessão do ministro Sepúlveda Pertence, que havia se aposentado uma semana antes:

Ministros do Supremo Tribunal Federal aproveitaram a primeira sessão do julgamento do mensalão para discutir e combinar, por mensagens eletrônicas, detalhes dos votos nos quais decidirão se aceitam a denúncia da Procuradoria Geral da República contra os 40 acusados de integrar o esquema de corrupção. Na sessão, que é pública, o repórter-fotográfico Roberto Stuckert Filho registrou as telas dos computadores dos ministros, com mensagens abertas. Numa conversa com a ministra Cármen Lúcia, o ministro Ricardo Lewandowski se disse impressionado com a sustentação da denúncia feita em plenário pelo Procurador-Geral da República, Antonio Fernando de Souza. Lewandowski disse que não estava mais seguro de rejeitar a acusação de peculato (apropriação indébita) para os que não são funcionários públicos. Cármen e Lewandowski dão indícios de que aceitariam só em parte a denúncia. Cármen diz que o ministro Eros Grau já adiantara seu voto: ‘Me foi dito pelo Cupido que vai votar pelo não-recebimento da denúncia’. Lewandowski e Cármen discutiram a nomeação do próximo ministro do STF, especulando até sobre uma possível relação entre a escolha do sucessor de Sepúlveda Pertence e o resultado do julgamento do mensalão. “Isso só corrobora que houve uma troca”, diz Lewandowski. O procurador-geral acusou os 40 denunciados de agir como integrantes do ‘submundo do crime’ e defendeu a abertura de processo contra todos.

A partir do trabalho investigativo do fotógrafo Roberto Stuckert Filho, do jornal “O Globo”, é que se soube dos diálogos travados entre os ministros, como eles dialogam entre si, via mensagens instantâneas. Janio de Freitas, comentando essa reportagem e a estratégia da sua publicação afirma que

²²⁹ A distinção aqui adotada baseia-se na teoria da comunicação como sistema autopoietico, a qual distingue os meios de comunicação de massa em publicidade, entretenimento e jornalismo e reportagens. Esse último se caracteriza por esclarecer algum fato específico da vida social.

²³⁰ Programa interno de comunicação, similar ao programa “WhatsApp”, aplicação utilizada nos telefones celulares.

O poder, seja qual for a sua forma nas instituições, não é destinação do jornalismo, é objeto dele, é assunto. É para ser ouvido, fotografado, gravado, investigado, esmiuçado - e desvendado para que no conjunto social se formem a consciência de cidadania e suas manifestações. (Freitas, 2007)

Algumas comunicações produzem uma irritação de grau tão elevado que torna difícil ser ignorada. Foi o que ocorreu no caso dessa reportagem veiculada pelo jornal “O Globo”. Um profundo debate se seguiu sobre o direito à privacidade e direito público à informação: as fotografias foram tiradas em repartição pública, com acesso público e em sessão pública, além disso, há um inequívoco interesse público em conhecer o pensamento dos ministros do STF. Claro que esse conhecimento parcial e relativo se deu da forma mais invasiva possível. Tanto é que na sessão seguinte à divulgação do conteúdo das mensagens instantâneas, o ministro Eros Grau leu uma “nota” no Plenário, em tom de reação aos ministros Cármen Lúcia e Ricardo Lewandowski que “erradamente” lhe presumiram o voto sobre o recebimento da denúncia no caso do escândalo político midiático do “mensalão”, quanto para a “imprensa”, no sentido de afirmar sua independência: “a sociedade e mesmo a imprensa não o sabem, mas o magistrado independente é autêntico defensor de ambos.”²³¹

Não chega a certo menoscabo como aquele realizado pelo ministro Gilmar Mendes, ao dizer que: “todos os dias julgamos questões sensíveis do ponto de vista político, e não estamos preocupados com a opinião dos senhores” [jornalistas].²³² Também se deve ter uma justa medida dessa atuação da imprensa. Não se pode de fato vasculhar as comunicações de quem quer que seja sem a devida autorização. O caso é tanto mais curioso por se tratar da intimidade devassada daqueles que costumam autorizar ou não a quebra de sigilo de correspondência, entre outros sigilos.

De fato, sem entender o papel da imprensa, dos meios de comunicação de massa e da influência da opinião pública, não há como descrever convenientemente as instituições democráticas da sociedade. A imprensa cumpre um papel fundamental de dotar de dimensão pública a questões políticas. (Aldé; Vasconcellos, 2008, p. 61) Ela tem o poder de agendar os grandes temas da cidadania, bem como problemas estruturais da prática política. O sistema político, ao processar essas irritações, iniciam as ações que vão desencadear em processos de inovação legislativa. Nesse sentido, a imprensa tem rol importante, conformando uma das organizações do “*accountability*” (Machado, 2012, p. 136), e “promovem a transparência das

²³¹ Disponível em: <http://observatoriodaimprensa.com.br/feitos-desfeitos/folha-de-s-paulo-34640/> último acesso 2/12/2015.

²³² Idem.

instituições públicas, o que certamente evidencia a função de controle informal, também indispensável no Estado Democrático de Direito.” (Machado, 2012, p. 136)

Para Joaquim Falcão a denúncia do Inquérito nº 2.245 que deu origem à AP 470/MG estava prestes a ser recusada, se não fosse a divulgação das comunicações dos notebooks dos ministros Cármen Lúcia e Ricardo Lewandowski (Falcão, 2013, p. 10), que tiveram suas mensagens interceptadas por um ato de extrema criatividade dos fotógrafos do jornal O Globo (Roberto Stuckert Filho) e Folha de São Paulo (Alan Marques) ajudados pelo formato retangular da bancada do Plenário do STF, de modo que cada fotógrafo ficou de um lado do Plenário, atrás dos respectivos ministros e puderam assim fotografar a tela dos notebooks de ambos.

Isso se deu no primeiro dia de julgamento do Inquérito (22/8/2007). Segundo a reportagem, precisamente quando realizava sua sustentação oral o Procurador-Geral da República, após a leitura do relatório pelo ministro Joaquim Barbosa. Como se sabe, ao final das sessões do Plenário subsequentes, destinadas a esse julgamento (23, 24, 27 e 28/8/2007), a denúncia foi parcialmente recebida contra os 40 acusados.

Não bastasse esse fato, dois dias após o recebimento da denúncia, o jornal Folha de São Paulo publicou interceptação ambiental de comunicação telefônica do ministro Ricardo Lewandowski.²³³ Nesses diálogos, o ministro reclama de uma suposta interferência da imprensa no resultado do julgamento, que recebeu parcialmente a denúncia contra os 40 acusados.

A repórter da Folha de São Paulo, que estaria a menos de cinco metros de distância, transcreveu parte desses diálogos, captados ambientalmente, do ministro com seu irmão de nome “Marcelo”: “A imprensa acuou o Supremo”; “Todo mundo votou com a faca no pescoço”, “a tendência era amaciar para o Dirceu”; que a decisão do STF poderia ter sido diferente, caso as mensagens dos *notebooks* não tivessem sido divulgadas: “Você não tenha dúvida”. E, ainda, que não ficou suficientemente comprovada a formação de quadrilha, no que diz respeito ao acusado José Dirceu: “Está se potencializando o cargo ocupado exatamente para se imputar a ele a formação de quadrilha”. São expressões que Lewandowski teria se utilizado no citado diálogo.

Como se sabe, o ministro Ricardo Lewandowski foi o único a divergir do relator, Joaquim Barbosa, quanto à imputação da prática do crime de formação de quadrilha, ao ex-deputado José Dirceu, descrito na denúncia como o “chefe da organização criminosa”.

²³³ No restaurante *Expand Wine Store by Piantella*, na Asa Sul, em Brasília “Tendência era amaciar para Dirceu”, diz ministro do STF. Folha de S.Paulo. Edição de 30 de agosto de 2007. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/brasil/fc3008200702.htm> último acesso 15/12/2015.

Ora, a ampla divulgação das mensagens dos *notebooks* dos ministros e o conteúdo do diálogo da comunicação telefônica de Lewandowski, captada no citado restaurante em Brasília, criaram um ambiente de dúvida quanto à imparcialidade do STF, frente à opinião pública (ou a opinião publicada). Uma vez que a realidade construída indicava que poderia haver “politização” dos ministros, os quais tenderiam, não fosse a imprensa, a minimizar ou relativizar os escândalos políticos midiáticos divulgados amplamente pela TV-Globo – originado, como se viu, a partir do recebimento de três mil reais por um agente público, vinculado ao Partido Trabalhista Brasileiro - PTB, como propina para fraudar uma licitação da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos.²³⁴

As imagens e falas divulgadas deixaram pouco espaço para o Supremo rejeitar a denúncia feita pelo Procurador Geral da República Antonio Fernando de Souza e relatada pelo Ministro Joaquim Barbosa. A moralidade administrativa exigida pela constituição, o eficaz funcionamento do Supremo, a liberdade da mídia e a influência da opinião pública entrelaçavam-se e concretizavam o estado democrático de direito. Juntos impediriam o julgamento do Mensalão de morrer antes de ser julgado. Tudo o que fora visto sairia da vida judicial, antes de ter entrado. (Falcão, 2013, p. 10)

Antes da inclusão do processo em pauta para julgamento pelo Plenário, em 14/12/2011, o ministro Ricardo Lewandowski concedeu entrevista ao jornal Folha de São Paulo, na qual admitiu a possibilidade da ocorrência da prescrição da pretensão punitiva, de crimes apontados na denúncia: “Com relação a alguns crimes não há dúvida nenhuma que poderá ocorrer a prescrição”.

No contexto da entrevista, o ministro Lewandowski, no entanto, entendia que seria uma consequência natural em razão da decisão tomada pelo STF, na Questão de Ordem no Inquérito 2.245, pelo não-desmembramento do feito, diante das circunstâncias especiais que envolviam a hipótese concreta – que manteve na Corte o julgamento também dos acusados que não detinham foro por prerrogativa de função:

Sobre a possibilidade de alguns réus não terem nenhuma punição, o ministro afirmou que “essa foi uma opção que o Supremo Tribunal Federal fez”. Segundo ele, se só os réus com foro privilegiado fossem julgados pelo STF “talvez esse problema da prescrição não existiria por conta de uma tramitação mais célere”. O tribunal, no entanto, decidiu incluir em seu julgamento até os réus que não têm cargo eletivo e poderiam ser julgados pela Justiça comum.²³⁵

²³⁴ E apurados na Comissão Parlamentar Mista de Inquérito - CPMI dos Correios do Congresso Nacional.

²³⁵ “Mensalão terá prescrição de penas, diz Lewandowski”. Folha de São Paulo. Edição de 14 de dezembro de 2011. Disponível em: http://www1.folha.uol.com.br/poder/poderepolitica/ricardo_lewandowski.shtml último acesso 15/12/2015.

Os efeitos da afirmação de que em face da quantidade de réus e crimes envolvidos poderia ao final “não dar em nada” – em face do reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva que conduz a um certo paradoxo como visto – teve ampla repercussão na imprensa, colocando mais uma vez em dúvida a credibilidade e legitimidade do Supremo Tribunal Federal – STF, no julgamento desse escândalo político midiático:

Para a opinião pública, através da mídia, seria o Supremo a primeira e principal vítima de si mesmo? Condenar-se a si próprio por sua própria lentidão? A necessidade de o Supremo colocar em pauta o julgamento se confundia para muitos com o próprio destino da instituição. (Falcão, 2013, p. 11)

Como observado, o ministro Ayres Britto, depois que se aposentou, em resposta ao questionamento de qual teria sido a decisão mais difícil do julgamento da Ação Penal 470/MG, afirmou foi a decisão de “colocar o processo em pauta”, na realidade de agendá-lo, porque em pauta ele já estava. E posteriormente iniciar o julgamento. Seria uma decisão que teria de ser tomada por qualquer ministro que estivesse no exercício da presidência do STF, em função da entrevista dada pelo ministro Ricardo Lewandowski, à Folha de São Paulo.²³⁶ (Falcão, 2013, p. 10-11)

Ao analisar todos esses fatos, sob a perspectiva da teoria dos sistemas autopoieticos, observa-se que algumas irritações sistêmicas, dadas suas circunstâncias, afetam algumas decisões da organização STF. Essas matérias jornalísticas, aqui concebidas como observações, possuem alto grau de irritabilidade sistêmica. Embora não exista a possibilidade de um sistema funcionalmente diferenciado influenciar o outro, porque são operacionalmente fechados, eles observam seu ambiente (as irritações) – abertura cognitiva -, a partir dos seus próprios elementos internos. (Luhmann, 2007, p. 70)

Uma vez que não se pode concluir, por falta de base empírica, que todos os demais membros da Organização possam reagir da mesma maneira, em razão das mesmas situações, pois seria supor que eles se comportariam como simples máquinas triviais, ou seja, fariam a mesma operação, independentemente dos valores dados inicialmente. (Foerster, 2003, p. 309)

Os sistemas psíquicos, ao contrário, são complexos organismos que evoluem autopoieticamente, a partir de conexões com o ambiente (irritações sistêmicas), e dos acoplamentos estruturais em constante troca de comunicações. (Campilongo, 2011b, p. 122)

²³⁶ “Mensalão terá prescrição de penas, diz Lewandowski”. Folha de São Paulo. Edição de 14 de dezembro de 2011. Disponível em: http://www1.folha.uol.com.br/poder/poderepolitica/ricardo_lewandowski.shtml último acesso 15/12/2015.

Nesse episódio específico, o ministro Ayres Britto sugere que a observação publicada no veículo de comunicação Folha de São Paulo foi premissa decisória importante para sua tomada de decisão – provavelmente um *agenda setting* – pois, a partir dela (entrevista do ministro Ricardo Lewandowski, publicada na Folha 14-12-2011) e de todo o contexto, tomou a decisão de agendar²³⁷ o julgamento da Ação Penal 470/MG.²³⁸ É verdade que, contrariamente, quando ainda era Presidente da Corte, ele tenha afirmado em entrevista que

a opinião pública não está pautando a pré-disposição do Supremo de julgar esse caso, porque é a Constituição que exige a celeridade da jurisdição. O Supremo não aceitou a denúncia, o que cabe ao Supremo agora? Julgar. (Gomes; Almeida, 2013, p. 426)

Analisando-se, entretanto, as reportagens envolvendo o tema,²³⁹ veiculadas no jornal Folha de São Paulo e na revista Veja – dois veículos de difusão de grande circulação no país –, no período compreendido entre 14/12/2011 (data em que Lewandowski concedeu a entrevista) e 26/6/2012 (data em que o processo foi agendado para julgamento), constata-se que foram 753 matérias jornalísticas divulgadas. Se forem distribuídas entre os 194 dias do período, ou seja, o intervalo em dias entre a entrevista e a publicação da agenda do Plenário, resulta em aproximadamente 3,8 reportagens por edição do Jornal.

Na revista Veja, a quantidade foi de 649 matérias veiculadas no mesmo período, o que resultou numa média de 3,34 matérias por edição. De modo que, apenas levando em consideração a quantidade de matérias, o resultado sugere inequivocamente a tentativa de agendamento do tema no STF. A organização, como foi descrito, somando-se aos outros elementos que compõe suas premissas decisórias (programas, cultura organização, composição do Tribunal, etc.) tomou uma decisão (observação): iniciar o julgamento do escândalo político midiático.

Em outra oportunidade do julgamento desse escândalo político midiático – o cabimento ou não dos embargos infringentes – ficou também caracterizada a tentativa dos meios de difusão de pressionar um integrante do STF, para que votasse pelo não cabimento do recurso – mais além, portanto, do que um simples agendamento. Como se sabe, o STF estava dividido em

²³⁷ Em face da quantidade e equivalência de relevância dos processos que aprecia, há uma peculiar diferença entre pautar e agendar um processo no STF. Pautar significa incluí-lo em pauta, dados da autuação do processo, número do processo, partes e seus respectivos advogados são publicados no Diário da Justiça eletrônico – DJe, para efeito de intimação, de que aquele processo está apto a ser julgado na próxima sessão. Como vimos, a partir da criação da “Pauta Temática”, o Presidente do STF determina o agendamento de determinado processo em razão dos critérios que elege e que variam segundo as suas preferências e a política judiciária que adota.

²³⁸ Uma sequência mais detalhada desses procedimentos pode ser observada no portal do STF: Disponível em: <http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/destaquesNewsletter.php?sigla=newsletterPortalInternacionalNoticias&idConteudo=214544>

²³⁹ A análise foi realizada nos respectivos sites, entrando-se com a expressão “Mensalão”. Os resultados foram divididos pela quantidade de edições no período.

relação ao cabimento desse recurso e coube ao ministro Celso de Mello proferir o voto de minerva. A controvérsia, como se viu, consumiu várias sessões (4) e, conforme os votos eram proferidos, essa tendência de empate ficava mais nítida. Em razão disso, as observações dos meios de difusão sobre essa fase do julgamento tomavam o estilo dramático. Assim, na sessão do dia 12/9/2013 (quinta-feira) tinha 5 ministros para cada lado da controvérsia. Os seis dias que se seguiram até a próxima sessão plenária, que ocorreu em 18/9/2013 (quarta-feira), foram ocupados por matérias jornalísticas em que alguns veículos nitidamente tentaram pressionar Celso de Mello a votar no sentido do não cabimento dos infringentes, como são exemplos as seguintes matérias:

Veículo da imprensa	Matéria
Capa da revista Veja, edição de 15/9/2013	Contendo a foto de Celso de Mello e logo abaixo: “Ele condenou os réus do mensalão, mas agora tem de decidir entre a tecnalidade e a impunidade. Não pode lavar as mãos como Pilatos, mas corre o risco de ser crucificado.” (sic).
Capa da revista IstoÉ, veiculada em 15/9/2013	“Virada no mensalão. José Dirceu, José Genoíno, João Paulo Cunha, Delúbio Soares, Marcos Valério e mais sete mensaleiros. O STF está a um voto de garantir mais uma chance de defesa aos condenados. A decisão poderá até reduzir o tamanho das penas e livrar alguns deles da prisão em regime fechado. Mas o novo julgamento jamais transformará culpados em inocentes.”
Matéria de capa do jornal “O Estado de São Paulo” 14/8/2013	“Colegas pressionam Mello a recusar embargos.” “Eventual exame dos novos embargos certamente abrirá novas esperanças para condenados como José Dirceu, que almeja ser beneficiado com o cumprimento da pena em regime semiaberto. Nesse caso, a reputação de probidade e retidão consagrada pela Suprema Corte - uma instituição que deve pairar acima da paixão política - no julgamento do mensalão certamente será maculada aos olhos da Nação.”
Jornal Folha de São Paulo – Editorial – edição de 16/09/2013	“O dilema do decano” – “Mesmo sem ser sinônimo de que a impunidade prevalece no mensalão, é diante desse risco que a decisão final de Celso de Mello será pronunciada nesta quarta-feira.”
Jornal “O Globo” – Editorial - edição de 13/9/2013 –	“Será difícil entender a Justiça brasileira. Possibilidade

	de condenados no processo do mensalão, onde tem havido amplo direito de defesa, serem rejudgados torna judiciário mais incompreensível para o povo.” “Se acolher a tese da defesa, tornará os caminhos da Justiça brasileira ainda mais incompreensíveis para a população. Afinal, apesar de seis anos de tramitação do processo no Supremo, mais de 50 sessões, após garantido amplo direito de defesa, poderá ser concedida a benesse de um novo julgamento a 11 dos réus, em condenações nas quais obtiveram pelo menos quatro votos em seu favor.”
--	--

O ministro Celso de Mello, em entrevista reproduzida pela Folha de São Paulo, edição de 26/9/2013, admitiu essas pressões, contidas nas matérias jornalísticas publicadas antes da sessão em que proferiu o voto de desempate, afirmou que “nunca a mídia foi tão ostensiva para subjugar um juiz”,²⁴⁰ aos interesses e opiniões dela, no caso, pelo não cabimento dos Embargos Infringentes:

Há alguns que ainda insistem em dizer que não fui exposto a uma brutal pressão midiática. Basta ler, no entanto, os artigos e editoriais publicados em diversos meios de comunicação social (os “mass media”) para se concluir diversamente! É de registrar-se que essa pressão, além de inadequada e insólita, resultou absolutamente inútil” (...) “Eu imaginava que isso [pressão da mídia para que votasse contra o pedido dos réus] pudesse ocorrer e não me senti pressionado. Mas foi insólito esse comportamento. Nada impede que você critique ou expresse o seu pensamento. O que não tem sentido é pressionar o juiz.” “Foi algo incomum”, segue. “Eu honestamente, em 45 anos de atuação na área jurídica, como membro do Ministério Público e juiz do STF, nunca presenciei um comportamento tão ostensivo dos meios de comunicação sociais buscando, na verdade, pressionar e virtualmente subjugar a consciência de um juiz. (Bergamo, 2013)

3.3. Observação da semântica no julgamento

Como forma de compreender a estratégia criminal presente no julgamento do escândalo político midiático “mensalão” pelo Supremo Tribunal Federal, é necessário observar como essa Corte construiu sua observação dos observadores. Isso significa que se deve observar nas narrativas textuais (acórdãos escritos) e nos áudios e vídeos dos julgamentos qual a semântica ou autorretrato identitário que caracterizou as observações. (Pires, 2004, p. 48)

²⁴⁰ Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/ilustrada/130869-monica-bergamo.shtml> último acesso 23/5/2015.

Nossa hipótese é a de que a racionalidade penal moderna foi a semântica identitária criminal preponderante no julgamento do escândalo político midiático do “Mensalão”. Na observação da presença desse retrato identitário, fundamentalmente nos seus aspectos da judicialização da opinião pública, procurou-se nos acórdãos do Caso diversas expressões que se assemelhassem à “opinião pública”, “clamor público” etc., (Pires, 2004, p. 51) as quais, em princípio, fariam supor ter sido adotado a racionalidade penal moderna no julgamento, muito embora a simples presença dessas expressões nos votos não pareça ter sido critério para justificar a decisão condenatória dos réus, porque outros elementos também foram elencados nos mesmos votos, como “a análise da prova”, os “fatos presentes no caso” ou os depoimentos etc. Entretanto, em razão do contexto em que foram produzidas as referidas observações, é possível qualificá-las nesse autorretrato identitário, essencialmente punitivo (estabilizada e generalizada pelos manuais da “dogmática penal”) em que o procedimento penal hostil, autoritário e acompanhado de sanções aflitivas é considerado o melhor meio de defesa contra o crime. (Pires, 2004a, p. 27)²⁴¹

A questão da judicialização da opinião pública, componente importante da racionalidade penal moderna, foi objeto de indagação dos advogados de defesa ao final da instrução criminal. Aliás, de forma veemente, inclusive, quando apontaram a parcialidade na forma como o relator, Joaquim Barbosa, atuou na instrução do processo. Foi o que fizeram os advogados Antonio Sérgio A. de Moraes Pitombo, Leonardo Magalhães Avelar e Conrado Almeida Corrêa Gontijo nas alegações finais apresentadas em nome dos então acusados Enivaldo Quadrado e Breno Fischberg, cujo tópico tinha como título “Da dúvida quanto à imparcialidade do D. Ministro Relator”.

Os advogados sustentaram a tese de que o relator teria agido de forma parcial na condução do processo, “proferindo decisões com finalidade midiática”, bem como que este tipo de decisão seria utilizado pelo relator de forma reiterada “como estandarte” da sua “atuação junto ao Supremo Tribunal Federal”.²⁴²

Essas alegações foram rechaçadas pelo Relator, nestes termos:

para dizer o mínimo, ultrapassam o limite da deselegância e da falta de lealdade e urbanidade que se exige de todos os atores do processo,

²⁴¹ Afinal, “só convém uma pena que produza sofrimento” e esse sofrimento do culpado é uma virtude expiatória absolutamente insubstituível. (Pires, 2004a, p. 27)

²⁴² As afirmações estão às fls. 46.749-46.755 da AP 470/MG e transcritas à página 384 do inteiro teor do acórdão da AP 470/MG.

aproximando-se, muito mais, da pura ofensa pessoal. (...) o que só pode ser atribuído à má-fé.²⁴³

Por essa razão, ao indeferir a preliminar, sugeriu à Corte que “aprecie a possibilidade de enviar ofício à Ordem dos Advogados do Brasil, com a narrativa dos fatos aqui discutidos.” O Plenário, no entanto, acabou por rejeitar essa proposta, contra os votos de Barbosa e Fux.²⁴⁴

Como possível evidência empírica da presença semântica identitária criminal da racionalidade penal moderna, na vertente da juridicização da opinião pública e do público no sistema penal, tem-se o julgamento dos Embargos Infringentes do delito de quadrilha - na sessão plenária de 27/2/2013.

De fato, a questão em discussão girou em torno do critério adotado para a fixação da pena do crime de quadrilha, muito acima do mínimo legal – à época em 2 anos, antes da elevação da pena de 1 a três anos para o delito do art. 288 do Código Penal, promovida pela Lei nº 12.720/2012 - não incidindo a prescrição da pretensão punitiva – pois a pena fixada acima de 2 anos de reclusão atrairia a hipótese do artigo 110 e 109, inciso “IV - em oito anos, se o máximo da pena é superior a dois anos e não excede a quatro”.

O que interessa, no entanto, para os propósitos da pesquisa, é investigar os efeitos da adoção desse critério, de certa forma facilitado pelo voto do ministro Roberto Barroso, proferido nesses Embargos Infringentes. Realmente, Roberto Barroso fez uma observação analítica dos critérios de fixação da pena dos outros delitos presentes nas condenações da AP 470/MG, como também em outras Ações Penais julgadas pelo Plenário do STF, chegando à conclusão que as penas para os delitos de quadrilha (art. 288, Código Penal) foram fixadas muito acima do mínimo, de maneira completamente desproporcional, bem como “incongruentes com as demais penas aplicadas aos outros crimes pelos quais foram os embargantes condenados.”²⁴⁵

O ministro Joaquim Barbosa explicitamente admitiu essa posição no debate travado na sessão Plenária de 27/2/2014, ao rebater esses argumentos do ministro Barroso de que não fazia sentido o aumento da pena-base do delito de corrupção ativa, passiva, lavagem de dinheiro, evasão de divisas e gestão fraudulenta, à razão de 15% a 21%, em contraposição ao aumento de

²⁴³ Isso ocorreu na sessão de 15/8/2012, o relator do processo, ministro Joaquim Barbosa, pediu que a Ordem dos Advogados do Brasil - OAB fosse oficiada por conta das críticas feitas pelos advogados Antonio Sergio Pitombo, Leonardo Avelar, Conrado Gontijo, que disseram que o relator não tinha parcialidade para atuar no julgamento por sua “atuação midiática”. Os ministros rejeitaram o pedido. Conf. <http://mais.uol.com.br/view/1575mnadmj5c/relator-do-mensalao-discute-e-acusa-advogado-de-ofender-stf-0402CC9A3066C0913326?types=A&> último acesso 31/7/2015.

²⁴⁴ Item 3 da Ata do Plenário de 15/8/2012 e incorporada ao inteiro teor do acórdão página 8.063.

²⁴⁵ Embargos Infringentes na AP 470-MG: 1º - Delúbio Soares de Castro; 13º - Marcos Valério Fernandes de Souza; 10º - Ramon Hollerbach Cardoso; 5º - Cristiano de Mello Paz; 9º - Kátia Rabello; 14º - Jose Roberto Salgado; 11º - José Genoíno Neto; 7º - José Dirceu e Oliveira e Silva.

63% a 75% no delito de formação de quadrilha ou bando, embora as circunstâncias judiciais fossem rigorosamente as mesmas.

O ministro Roberto Barroso indagava, então, qual teria sido o motivo principal para essa exacerbação: se para fixar um regime mais gravoso de cumprimento pena – aberto para semiaberto -, ou para evitar a prescrição da pretensão punitiva; antes mesmo de concluir, nos debates aludidos, o ministro Joaquim Barbosa admitiu essa hipótese ao afirmar: “Foi feito para isso, sim.”²⁴⁶

Dessa maneira, pode-se reconhecer o mesmo fenômeno na observação dos votos daqueles que invocaram a gravidade dos delitos cometidos pelos apenados, para negar a existência do recurso de embargos infringentes, como foi o caso de Gilmar Mendes.²⁴⁷ A existência normativa de um recurso não possui relação de pertinência com a gravidade ou não do crime cometido pelo réu. Ainda que se visualize a possibilidade da decretação da prescrição da pretensão punitiva. Ao invocar esse fundamento, aliás, em detrimento do direito do condenado de utilizar dos meios processuais para revisão da sua própria condenação, ocorrida em única e última instância, parece configurar ou pelo menos ser indicativo da presença da racionalidade penal moderna.

O fato é que essas opções punitivas se configuram como traço da racionalidade penal moderna, ou seja, ela tende a se orientar na direção da pena afliativa, construída tendo em vista o público, o auditório existente nesse peculiar escândalo político midiático. Ainda que se possa ter a adoção desse retrato identitário criminal como uma hipótese de consequência não prevista ou desejada, ou efeito não desejado,²⁴⁸ estudado por Robert Merton (Merton, 1968, p. 77) ela tem o efeito de ir ao encontro do desejo de punição e de aplicação de penas afliativas severas do público, e, nesse caso, configura-se como uma característica da judicialização da opinião pública, de maneira a adquirir um certo respeito do público à administração da justiça, (Pires, 2004, p. 53-54) e, também, de reforçar os sentimentos fortes da consciência coletiva. (Pires, 2004, p. 54)

Já a opção adotada pela maioria dos ministros no Caso, que admitiu os embargos infringentes e, em seguida, votou pela diminuição da pena no delito de quadrilha, parece que se identifica nitidamente com um discurso garantista, de contenção do poder punitivo e de respeito

²⁴⁶ Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=HNoQJ4f1mJY> na posição 50:41s do vídeo, último acesso 14/12/2015. É de ser lembrada a lição do Professor Nilo Batista, no sentido de ser nula a pena fixada num patamar com o propósito de evitar a prescrição da pretensão punitiva, “na medida em que se vale de um critério que extrapola a lei (artigos 59 ss CP)”. (Batista, 2004, p. 212-213)

²⁴⁷ Páginas 91-96 do acórdão do 25º Agravo Regimental na AP 470/MG.

²⁴⁸ “The self-fulfilling prophecy is, in the beginning, a false definition of the situation evoking a new behavior which makes the original false conception come 'true'.” (Merton, 1968, p. 77)

aos princípios constitucionais, aplicáveis de forma mais ampla ao processo penal, ou seja, como técnica de minimização da violência e maximização da liberdade, (Ferrajoli, 2014, p. 786) independentemente da gravidade e das circunstâncias pelas quais foi cometido o delito ou o escândalo político midiático que ele esteja contido.

Além dessas ocorrências, encontram-se algumas possíveis evidências nas afirmações de votos do acórdão da AP 470/MG, que sugerem tenham sido proferidas tendo como pressupostos perspectivas externas ao processo e que parecem sugerir que são dirigidas ao auditório, dada a forma e o contexto com que foram emitidas. É claro que a enumeração não é exaustiva, pois num documento de 8.427 folhas, apenas no acórdão do mérito e considerando-se, ainda, que inúmeros debates (votos orais) foram simplesmente cancelados pelos respectivos autores, a enumeração taxativa de todas as referências seria além de enfadonha, desnecessária, em função da pesquisa qualitativa que se procurou realizar.

Assim, do acórdão do mérito da Ação Penal, foram extraídas algumas ocorrências, que parecem conter expressões que buscam enfatizar o caráter extraordinário do escândalo político em julgamento, como o uso de frases retóricas, tais como “gravíssimos crimes”, “desgosto ao povo brasileiro”, “profanação do ideal republicano”, etc. constantes das fundamentações dos votos, e transcritas no **Quadro 6**, anexo.

Essas citações exemplificativas revelam a semântica identitária do julgamento, pela presença nos votos de referências implícitas ou explícitas voltadas ao público, ao auditório físico ou virtual, no pressuposto de que estariam sintonizados no canal TV-Justiça e receberiam a comunicação. Talvez como forma de atender a um desejo de punição e de aplicação de penas aflitivas severas, e, com isso, de adquirir o respeito dos auditórios à administração da justiça (Pires, 2004, p. 53-54) e do STF.

A observação realizada, após ter presenciado os julgamentos e “lido” os vídeos, produziu a natureza de um assistir aos acórdãos. Eis aqui, por certo, uma grande dicotomia. Demonstra, aliás, uma sensação ou sentimento eminentemente da contemporaneidade. Ela está presente, de forma bastante similar, à impressão que fica quando se assiste a um filme, baseado em uma obra literária, e posteriormente se procura lê-la. Quando se faz o percurso inverso, isto é, a obra é lida e posteriormente se assiste ao filme, não é a mesma sensação gerada, porque produz um sentido diferenciado de ambas as obras.

O **Quadro 7**, anexo, foi elaborado com parte dos vídeos dos julgamentos observados, cujo conteúdo pode atestar essas sensações produzidas pelas diferentes formas de conhecer os julgamentos criminais de escândalos políticos midiáticos. Evidentemente, são estratos, aqui, paradoxalmente, os vídeos constituem-se na obra principal. Os acórdãos contendo os textos dos

julgamentos, ainda que sejam atualmente os documentos oficiais, são uma parte daquele universo.

A observação desses vídeos, selecionados, claro, em razão do objetivo apontado inicialmente, tem o propósito de realizar uma reflexão sobre o conteúdo daqueles julgamentos e apenas constatar, como evidências empíricas adicionais, a semântica criminal adotada.

Em tal sentido, parece especialmente relevante indicar, de maneira complementar às evidências empíricas encontradas, como expressivos exemplos, as seguintes impressões, tiradas de vídeos do julgamento da AP 470/MG. Claro que, como dito em relação às passagens transcritas do acórdão, omitiu-se um enorme acervo de outros vídeos, os quais só serviriam para respaldar o que observado. Todavia, essa seleção é o suficiente para mostrar o que se quer observar, isto é, a presença da semântica criminal no julgamento.

Numa passagem de um dos vídeos selecionados do julgamento da AP 470/MG,²⁴⁹ em confronto com o voto proferido constante do acórdão, sobre o crime do art. 288 do Código Penal, o ministro Marco Aurélio afirmou (6:16) “Não é interessante o comparecimento do presidente Luiz Inácio Lula da Silva porque preciso no discurso de posse dar um recado.” Referia-se Marco Aurélio à possível presença do Presidente Lula na sua posse na Presidência do TSE, (Fls. 6178)

Encontrei-me com o então Presidente do Senado Federal, no exercício da Presidência, o Senador Renan Calheiros, e disse-lhe, como se avizinhava a minha posse no Tribunal Superior Eleitoral, na segunda passagem – e estou, ante o credenciamento deste Colegiado, já na terceira passagem –, da minha satisfação de tê-lo na solenidade como Presidente da República em pleno exercício, mas falou-me que o Presidente Lula, o titular, estaria retornando de uma viagem à América do Sul e fazia questão de comparecer à posse. Até mesmo porque seria o anfitrião, tive a visão que rotulei, emprestei a nomenclatura, de cristã e disse: não é interessante o comparecimento do Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, porque preciso, no discurso de posse, dar um recado.

Na sequência, afirmou que (22:13): “No que depender desta cadeira, não haverá condescendência de qualquer ordem, nenhum fim legitimará qualquer meio”. No acórdão, a mesma passagem foi transcrita nestes termos: (Fls. 6182)

Não haverá condescendência de qualquer ordem. Nenhum fim legitimará o meio condenável. A lei será aplicada com a maior austeridade possível como, de resto, é o que deve ser. Bem se vê que os anticorpos de que já falei começam a produzir os efeitos almejados. Esta é a vontade esmagadora dos brasileiros.

²⁴⁹ <https://www.youtube.com/watch?v=wlnwtDCpzjw> último acesso 23/1/2016

Mais expressivo ainda é a passagem em que faz alusão ao número treze: (41:30) “Mostraram-se os integrantes em número de 13. É sintomático o número.” Lendo essas passagens, no acórdão, não se encontra a pausa eloquente que Marco Aurélio utilizou como recurso argumentativo, nem obviamente o seu olhar irônico ao se referir à quantidade de réus: treze. Um “número sintomático” querendo se referir ao número do Partido dos Trabalhadores - PT. (Fls. 6187):

Presidente, volto ao meu espelho, já que o voto, embora de improviso, deve ter início, meio e fim, para dizer que, no caso, houve a formação de uma quadrilha das mais complexas, envolvendo, na situação concreta, o núcleo dito político, o financeiro e o operacional. Mostraram-se os integrantes, em número de treze – e é sintomático o número.

Em outro vídeo selecionado, contendo o voto do ministro Celso de Mello,²⁵⁰ também encontram-se identificados vários recursos argumentativos, para caracterizar o crime de quadrilha. São pequenos exemplos tirados do acórdão que ostentam essa qualidade. Desse vídeo transcreve-se literalmente o seguinte:

Quero registrar que o STF está julgando a presente causa da mesma forma que sempre julgou os demais processos que foram submetidos sua apreciação. Sempre respeitando os direitos e garantias fundamentais que a Constituição assegura a qualquer acusado, observando ainda, nesse julgamento, além do postulado, os parâmetros jurídicos, muito menos flexibilizando direitos fundamentais a quaisquer que sejam os réus e quaisquer que sejam os delitos.

É interessante notar, que esse mesmo trecho do voto assumiu no acórdão textual um caráter estético, como a refletir a ênfase com a qual foi lido, abstraindo-se as pequenas variações de ordem eminentemente redacional (Fls. 4479, 4486 do acórdão).

Na realidade, o Supremo Tribunal Federal, *na linha de sua longa e histórica tradição republicana*, está julgando a presente causa **da mesma forma** como sempre julgou **os demais** processos penais que foram submetidos à sua alta apreciação: *com* independência, *com* isenção *e com fundamento* em elementos informativos e **licitamente** produzidos **sob a égide** da garantia constitucional do contraditório.

Não constitui demasia enfatizar, Senhor Presidente, que o Supremo Tribunal Federal, neste julgamento, **não está procedendo** à revisão de sua jurisprudência **nem** alterando formulações conceituais já consolidadas **nem** flexibilizando direitos e garantias fundamentais, **o que seria incompatível**, *absolutamente incompatível*, com as diretrizes que **sempre** representaram, *como ainda continuam a representar*, **veto**res relevantes que **orientam** a atuação isenta desta Suprema Corte

²⁵⁰ https://www.youtube.com/watch?v=q03W-p_UbbM último acesso 24/1/2016

em qualquer processo, quaisquer que sejam os réus, qualquer que seja a natureza dos delitos.

Quero registrar, neste ponto, Senhor Presidente, tal como salientei em voto **anteriormente** proferido neste Egrégio Plenário, que o ato de corrupção constitui um gesto de perversão da ética do poder e da ordem jurídica, cabendo ressaltar que o dever de probidade traduz obrigação cuja observância se impõe a todos os cidadãos desta República **que não tolera o poder que corrompe nem admite o poder que se deixa corromper.**

Fazendo-se o confronto entre o acórdão e o vídeo, nota-se a tentativa do autor de igualar os formatos da linguagem, utilizando-se de recursos de formatação de fonte de caracteres do texto escrito.²⁵¹ Parece que a utilização da formatação negrito, itálico e sublinhado no texto do voto quer significar uma exaltação, gradativa, uma forma de chamar a atenção para aspectos relevantes do discurso.

Os trechos a seguir, em meio a inúmeros outros, são absolutamente consentâneos com essas características:

É importante destacar as gravíssimas consequências que resultam **do ato indigno e criminoso** do parlamentar que **comprovadamente vende o seu voto**, comercializa a sua atuação legislativa **em troca de dinheiro ou outras vantagens**. Só vale destacar, de passagem, senhor presidente, **a gravidade das consequências** do ato do parlamentar que se deixa corromper. Consequências de natureza penal, constitucional e também institucional. (Fls. 4492)

Esses **vergonhosos** atos de corrupção parlamentar, *ora em julgamento, profundamente lesivos* à dignidade do ofício legislativo **e à respeitabilidade** do Congresso Nacional, **alimentados por transações obscuras** idealizadas e implementadas *em altas esferas governamentais*, **devem** ser condenados e punidos **com o peso e o rigor** das leis desta República, **porque significam tentativa imoral e ilícita** de manipular, **criminosamente**, à margem do sistema constitucional, o processo democrático, **comprometendo-lhe** a integridade, **conspurcando-lhe** a pureza **e suprimindo-lhe** os índices essenciais de legitimidade, **que representam** atributos necessários para justificar *a prática honesta e o exercício regular* do poder aos olhos dos cidadãos desta Nação. (Fls. 4495)

²⁵¹ Veja-se que Celso de Mello utiliza basicamente os recursos estéticos de **negrito (bold)**, *itálico (italic)* e sublinhado (underline), em conjunto ou isoladamente. Entretanto, esses recursos são uma parcela infinitamente menor em comparação com as múltiplas possibilidades de formatação de caracteres dos softwares de edição de texto atuais, não apenas nos tipos de caracteres e tamanhos mas também nas inúmeras cores. Sem contar as infinitas possibilidades e vantagens do uso dos *hyperlinks* decorrentes do ambiente digital (ciberespaço).

Em outra ocorrência, mostra-se também sintomático o vídeo²⁵² em que Joaquim Barbosa faz um “desabafo” que “uma maioria de circunstancias, formada sob medida para lançar por terra todo um trabalho primoroso levado a cabo por esta Corte no segundo semestre de 2012.”

Desse modo, são inumeráveis as evidências, cuja transcrição circunstanciada seria prescindível. Entretanto, merece menção ao episódio das irritações de Joaquim Barbosa e a reação da maioria dos ministros contra o uso da expressão “vista grossa” que segundo ele Lewandowski estaria fazendo no caso,²⁵³ porque o acórdão textual não consegue realçar com a mesma clareza (Fls. 3997 – 4005). Nesse incidente Joaquim Barbosa sugeriu que o revisor, Ricardo Lewandowski, faria “vista grossa”, ao analisar as acusações contra o ex-secretário do PTB Emerson Palmieri, porque o chamou de “coadjuvante” e sinalizou sua absolvição. Alguns dos ministros reagiram a isso, como Marco Aurélio Mello, que afirmou: “Policie sua linguagem”.

Em seguida, as imagens mostram as acusações de Barbosa, e as reações de Lewandowski e dos demais ministros, os quais consideraram agressivas as expressões e a forma com que foram enunciadas.²⁵⁴

É claro que há uma sequência de vídeos que mostram outros diálogos insólitos entre o relator e o revisor do Caso, como são exemplos: a distribuição do voto aos demais juízes, antes da sessão;²⁵⁵ a ordem da dosimetria da pena;²⁵⁶ a questão da quantidade das penas aplicadas, que para Joaquim Barbosa, citando artigo publicado “no maior jornal dos EUA”, se baseia num sistema de justiça criminal “*laughable*”,²⁵⁷ etc. Esses episódios atraem a atenção do público,

²⁵² <https://www.youtube.com/watch?v=SOKHMTQoWDA> último acesso 23/1/2016.

²⁵³ <https://www.youtube.com/watch?v=Gy12Hbgf6aA> último acesso 23/1/2016.

²⁵⁴ Como: - Lewandowski: “Se vossa excelência não admite a controvérsia, deveria propor que abolissem a figura do revisor”. - Barbosa, afirmou em tom exaltado: “Nós não podemos fazer vista grossa”. - Marco Aurélio, defendendo o revisor: “Ninguém faz vista grossa. Somos 11 ministros. Ninguém faz vista grossa neste Plenário. Não aceitar certas manifestações não compõe a ideia que temos de colegiado.” E, ainda, “cuidado com as palavras. Vossa excelência está em um colegiado de alto nível.” “É agressividade, ministro.” - Lewandowski - “Eu não divirjo pelo simples prazer de divergir. Creio que convergimos muito mais gente do que divergimos.” - Barbosa, entretanto, considerou “absolutamente heterodoxo” o revisor fazer um voto do mesmo tamanho do proferido pelo relator. - Lewandowski - “Estou estupefato”.

²⁵⁵ <https://www.youtube.com/watch?v=x1WhhkoIe0M> último acesso 24/1/2016.

²⁵⁶ <https://www.youtube.com/watch?v=rabukzcd9aM> último acesso 22/3/2016.

²⁵⁷ Provavelmente ele se referiu ao artigo “Brazilian Corruption Case Raises Hopes for Judicial System”, publicado na edição do jornal NY Times de 9/10/2012, no qual faz análise do julgamento, embora não contenha referências à expressão “*laughable*”, faz uma análise muito similar, ao afirmar: “Some legal experts say that the trial accompanies important institutional advances in Brazil outside the court system, including a new measure cracking down on money laundering and the strengthening of both the Federal Police, an investigative entity comparable to the F.B.I., and the Public Ministry, a body of independent public prosecutors. ‘If anything, the courts are still the greatest bottleneck to accountability in Brazil,’ said Matthew Taylor, a scholar who specializes in Brazil’s legal system at American University in Washington. ‘It’s promising to see the court take on the mensalão, but this trial is the exception that proves the rule.’” Disponível em <http://www.nytimes.com/2012/10/10/world/americas/brazilian-corruption-case-raises-hopes-for-judicial-system.html> último acesso 22/5/2016.

como demonstra o número de acessos dos vídeos no *Youtube*, claro que não é pela discussão jurídica travada.

Finalmente, a mensagem aos jovens proferida pela ministra Cármen Lúcia, cujo vídeo²⁵⁸ mostra com mais nitidez o discurso de defesa das instituições democráticas do que o acórdão, apesar das condenações que o STF acabava de realizar de alguns políticos.

Essa pequena, porém, expressiva amostra é suficiente para o exame da evidência empírica. Em primeiro lugar, revela os pontos cegos das perspectivas internas do direito. Isto é, utilizando-se da metáfora do jogo, tanto daqueles que analisam a partida, as equipes e os jogadores, quanto dos locutores e comentaristas. Essas perspectivas, relevantes sem dúvida, não conseguem descrever adequadamente a complexidade em que os escândalos políticos midiáticos estão inseridos. Particularmente, as conexões entre os sistemas funcionalmente diferenciados e as respectivas e recíprocas observações e irritações. Eles “não veem que não veem aquilo que não veem” (Campilongo, 2011b, p. 123)

Mas, além disso, das observações desponta um olhar *sui generis*, proporcionado pelo confronto das mídias. Esse confronto de dois mundos paralelos e complementares - textual e imagético - revela com mais nitidez, como se viu, a presença da semântica criminal incontestavelmente punitiva no julgamento.

Ora, tudo isto, foi amplificado pelo ambiente digital – *ciberespaço* -, local onde esses retratos do julgamento estão depositados. Inequivocamente um instrumento de ampliação do arsenal cognitivo proporcionado pela modernidade. Esse fascinante ambiente é concebido aqui como uma ferramenta e não um obstáculo ou uma pedra de tropeço na observação de sistemas e fenômenos sociais complexos. Uma vez que possibilita maior rapidez e precisão na análise.

Mas, afinal, qual teria sido o prejuízo para os réus a adoção dessa semântica, ou autorretrato identitário, como forma de resposta penal? É difícil responder a essa pergunta, tendo em conta os pressupostos da teoria dos sistemas autopoieticos de Luhmann, porque cada evento na sociedade poderia ter sido diferente. As observações são fruto de escolhas. Disso decorre que existem mais opções do que aquelas escolhidas. De sorte que “o horizonte das possibilidades é mais amplo do que a realidade. E ainda: cada “evento” (que poderia ter sido diverso daquilo que é) desdobra-se na abertura de espaços de comunicação antes inexistentes.” (Campilongo, 2011b, p. 122)

²⁵⁸ <https://www.youtube.com/watch?v=sLdrEjbhioM> último acesso 22/3/2016.

Parece ser evidente, todavia, que a adoção de uma semântica criminal essencialmente punitiva traz inequívocos prejuízos para os réus. Identificar todas elas, para cada réu, nas várias fases desse julgamento que tramitou por quase dez anos (26-6-2005 autuado o inquérito até a certificação do trânsito em julgado da decisão 14/11/2013) estaria fora dos limites desta pesquisa.

O grande problema da presença do público ou de referências à opinião pública nos votos de ministros, do ponto de vista da teoria sistêmica, está na possibilidade de ocorrer a *desdiferenciação* entre o sistema jurídico-penal e o sistema político. (Machado, 2012, p. 136) Na medida em que o sistema jurídico passa a utilizar, ou incorpora ao seu arsenal como premissa decisória, a opinião pública, premissa que é pressuposto do sistema político. (Pires, 2004, p. 49) Como se observou, no exame dos acórdãos e votos do *corpus*, a *desdiferenciação* do subsistema jurídico concorre para a perversão da democracia, na medida em que restringe as possibilidades de escolha, assegurada pelos sistemas parciais. (Campilongo, 2011, p. 175) Em outras palavras, esse processo de *desdiferenciação funcional* impede que os respectivos sistemas parciais se desenvolvam e atuem, dentro dos marcos que a própria sociedade fixou, delimitando o espaço funcional de cada um:

Sem autonomia funcional, a representação política e o direito perdem sua capacidade de garantir procedimentos decisórios que mantenham abertas e crescentes as possibilidades de escolha, variação e construção de alternativas. (Campilongo, 2011, p. 74)

De sorte que é importante garantir a diferenciação funcional dos sistemas sociais, porque eles propiciam a evolução da sociedade, ao processarem as múltiplas irritações, fazem a observação da sociedade pela sociedade, ainda mais em sociedades periféricas da modernidade, como é o caso do Brasil. (Campilongo, 2011a, p. 183)

4. Processo Penal como Espetáculo

O que parece ser novo na realidade judicial brasileira (sistema jurídico), a partir da observação produzida, foi a hiperexposição dos julgamentos criminais como eventos midiáticos, não apenas como resultado de uma atividade estatal de realização da função específica, mas também como um evento do entretenimento. Como se viu, o sistema de comunicação vê os julgamentos realizados pelo sistema jurídico como um objeto das suas próprias observações.

Assim, o superdimensionamento de fatos e episódios pode acabar por fomentar a vontade de punir, a qualquer custo, o que caracteriza o punitivismo contemporâneo (Carvalho, 2010, p. 14) e se constituiriam em representações sociais do sistema punitivo.

Para além do espetáculo, Zaffaroni identificou o que denominou de “a construção social da criminalidade ou a criminologia midiática”, o que, segundo ele, seria a construção da realidade efetuada pelos meios de comunicação de massa²⁵⁹ um fenómeno mundial, com versões locais, que a despeito de estar carregada de preconceitos, falsidades e inexatidões, é a que configura as atitudes da média das pessoas e sobre as quais costuma montar-se as decisões políticas que se traduzem em leis penais (Zaffaroni, 2012, p. 26).

É nesse contexto que as transmissões dos julgamentos do Plenário do STF se inserem. E deve-se notar que há uma demanda para que também as sessões das Turmas sejam transmitidas, em multicanal, ampliando as visualidades da Suprema Corte, tal como realiza as Comissões e Subcomissões da Câmara e do Senado Federal na divulgação de suas imagens, simultaneamente. Inclusive para que sejam também filmadas as instruções criminais, com o depoimento dos acusados e das testemunhas, de modo que todo processo penal seria transmitido na forma de imagens.

A primeira característica que assume o processo penal moderno é a de um ritual. Peculiar ritual direcionado finalisticamente para a resolução de um conflito social caracterizado pela violação ou não de uma norma penal. Se é verdade que quanto mais conflitos uma sociedade direciona para o sistema penal maior é o grau de desintegração dessa sociedade – como assinalam diversos estudos antropológicos²⁶⁰ –, pode-se fazer a observação inversa, ou seja o sistema judicial ajuda, como efeito das observações que produz no processo penal, na coesão social. (Tedesco, 2010, p. 19)

De maneira que é extremamente útil observar não apenas o julgamento penal em si – na forma de um veredito, condenação ou absolvição de acusados – mas, também, a maneira como esse ritual pode ser observado pela sociedade e seus diversos auditórios – que formam o ambiente do sistema jurídico – ou seja, como essa comunicação do STF produz um processo catártico, como um divertimento ou como outro efeito da comunicação.

Assim, a participação da sociedade no julgamento, como espectadora, tem evidentes características de espetáculo teatral, aliás, o processo penal, com toda a sua simbologia, seus aparatos simbólicos que fazem parte da cultura organizacional do STF, como o cenário, a indumentária, a estética espacial, o tratamento e a ordem de votação, etc., leva a também considerá-lo um espetáculo de visualidades culturais, como uma representação cênica inequívoca, a qual se desenvolve sob a forma de um processo criminal. (Tedesco, 2010, p. 19)

²⁵⁹ “The mass media has become a key element in our lives: mediated relationships become as important as face to face encounters.” (Young, 1999, p. vi-vii).

²⁶⁰ “Las conclusiones que se derivan de diversos estudios antropológicos señalan que cuántos más conflictos una sociedad deriva al sistema penal, mayor es el grado de desintegración comunitaria.” (Tedesco, 2010, p. 19)

Para Ignacio Tedesco, aliás, é inseparável essa equiparação entre processo penal com seus aspectos teatrais, porque o ritual judicial se constitui como um drama social, como uma metáfora, em uma ficção (Tedesco, 2010, p. 20).

De modo que o juízo penal pode ser concebido como um ritual judicial, cuja dramatização se caracteriza pela reconstrução de uma verdade, produto de uma ficção através da qual, por um lado, se produz uma catarse individual e coletiva, e, por outro, se produz um processo de identificação comunitária, ao mesmo tempo em que o Estado legitima seu poder de castigar. (Tedesco, 2010, p. 20)²⁶¹ A ficção cumpre um papel importante no sistema jurídico, mesmo porque o processo penal pode ser concebido como um método de investigação histórica, na medida em que busca averiguar a verdade aproximativa sobre uma das hipóteses possíveis presentes no conflito criminal: verificação da materialidade do delito e a comprovação da autoria. Aliás, constituem precisamente o objeto do litígio, na comunicação que é produzida na síntese do veredito.

É claro que no caso do teatro se trata de uma ficção propriamente dita, enquanto o que se realiza no processo penal é um fato real – mas no fundo se trata em muitos aspectos também de uma ficção, embora jurídica.²⁶² As semelhanças não se restringem ao espaço destinado à realização das atividades, regras, gestos, palavras e vestimentas, são aspectos simbólicos que assumem cada qual desses sistemas sociais (arte e jurídico). De fato, descrever o processo penal, a sessão de julgamento criminal como uma peça de teatro é extremamente fácil (Tedesco, 2010, p. 21), é que entre as normas do jogo teatral e aquelas do processo penal há uma antiga cumplicidade, que corresponde a um gosto do público pelo tema da justiça, na forma da sua teatralidade.²⁶³ Na realidade, se trata de uma “encenação” que se realiza perante um auditório determinado, o público do processo penal. Esse espetáculo teatral possui três regras básicas: a unidade de lugar, unidade de tempo e unidade de ação, uma unidade cênica que inspirará uma sensação de emoção e respeito. (Tedesco, 2010, p. 21)

²⁶¹ “No sólo se entiende que el proceso penal es un proceso de escenificación dramática, sino que es un ritual judicial que se constituye como ficción e imagen cultural.” (Tedesco, 2010, p. 20).

²⁶² “La ficción no es simplemente una herramienta literaria. En el derecho, ella cumple una función indispensable y enriquecedora al adaptar la conducta de los hombres a los intereses del sistema económico-social vigente. Ello, gracias a ficciones tales como el principio de igualdad ante la ley, o la autoridad de la cosa juzgada, por sólo mencionar algunas. Por otra parte, la ficción literaria comparte problemas con la ficción legal. Uno de éstos, es el tipo de conexión que ambas tienen que realizar para conectar, a través de su uso, los textos con la realidad. En este contexto, la metáfora surge como un concepto importante a tener en cuenta.” (Tedesco, 2010, p. 27)

²⁶³ Sábato Magaldi diz que há uma tríade essencial no teatro: o ator, o texto e o público, o qual não se realiza sem que estejam presentes esses elementos conjugados, de modo que “o teatro existe quando o público vê e ouve o ator interpretar um texto.” (Magaldi, 1986, p. 8) Nesse caso, é de se notar que o teatro não se restringe ao uso da palavra, instrumento utilizado pela arte dramática para atingir o auditório, “sabe-se que o silêncio, às vezes, é muito mais eloquente do que frases inteiras. A mímica ou um gesto substitui com vantagem determinada palavra, de acordo com a situação. Postura, olhar, movimentos – tudo compõe a expressão corporal, que participa da eficácia do desempenho.” (Magaldi, 1986, p. 9)

A concepção de espetáculo que adquire o processo penal, entendido como uma cerimônia ritual jurisdicional, se conforma em distintos elementos, isto é, atos, condutas, prescrições e símbolos de certo modo de imposição obrigatória, constituem o universo simbólico do processo penal na realização da justiça. (Tedesco, 2010, p. 21) Dessa maneira, os meios de comunicação recebem aquelas observações do sistema jurídico e as veiculam, primeiramente como notícias, depois, em face do caráter que assumem no processo de diferenciação, como entretenimento. Aliás, como um peculiar espetáculo, com todas as características de uma cerimônia ritual de apreciação da culpa alheia.

A generalização desses conceitos leva a considerar a própria sociedade como um teatro, como se observou, para descrever suas distintas problemáticas, os comportamentos humanos, através dos princípios dramáticos, na identificação do papel que cada indivíduo representa perante os demais. De maneira que não é em vão a utilização do conceito de *persona*, a qual evoca a figura da máscara do ator, seria o reconhecimento de que cada pessoa representa na sociedade um papel. (Tedesco, 2010, p. 23)

De modo que na cerimônia judicial ou ritual se reafirmam os valores morais da comunidade, na manutenção das máscaras de comportamentos, num jogo que se situa no imaginário. (Tedesco, 2010, p. 24) Assim, essa concepção dramática permite uma observação do fenômeno da imposição do castigo no processo penal com muito mais riqueza. De maneira que o processo penal, quer dizer a enunciação do veredito penal e a imposição do castigo legal, representam a consciência coletiva como mecanismo através do qual a sociedade cria e regenera os valores compartilhados que fazem possível a convivência social. (Tedesco, 2010, p. 32)

Mas o espetáculo que se reconhece a partir da transmissão dos julgamentos criminais do Supremo pela TV-Justiça não se restringe a um teatro, a um mero efeito de um espetáculo teatral, apesar de as estruturas presentes em ambos os objetos culturais serem similares. Sob esse aspecto, na realidade, o julgamento criminal é um fenômeno complexo, que pode revestir-se de um espetáculo trágico, quando se observa o condenado confrontado com o destino que o espera. Nesse caso, as duas áreas se assemelham, embora no teatro o castigo, a imposição da pena criminal não é o objetivo principal e sim o entretenimento, mas é inequívoco que os efeitos catárticos de ambas as manifestações sociais se equivalem, como ocorria nas antigas tragédias gregas.

Ignacio Tedesco aponta, ainda, outras semelhanças que podem se apresentar numa comparação entre o teatro e o julgamento criminal, como o ritual de máscaras, pelo qual os juízes com suas capas reproduzem a ideia de Justiça, os quais não podem ser identificados com

os homens comuns, e o ritual *agonal*, caracterizado pela existência de dois protagonistas, que se enfrentam numa luta oratória, cuja contenda é submetida ao veredito de um árbitro, de modo que se revestem de formas sagradas, reveladas no espaço mágico, em que se pronuncia o que é justo. (Tedesco, 2010, p. 47)

Outro aspecto merece destaque no percurso dessa observação, trata-se da função do sacrifício no espaço das condenações criminais. De fato, no sacrifício, seja real ou simbólico, a finalidade não é bem expiar uma falta em razão de um desvio de conduta ou acabar com uma escalada criminosa. Tal como nos sistemas religiosos, o processo penal cumpriria uma função de prevenção, um caráter purificador do ritual judicial, que para René Girard possui a mesma função, ou seja, de apaziguar as violências, e impedir que se estabeleçam conflitos. Para ele, a catarse que tem lugar na tragédia grega é a mesma que permite explicar a catarse do processo judicial. Aliás, os gregos denominavam “katharma” a uma vítima sacrificial humana.²⁶⁴

Claro que o julgamento criminal, como observação de observadores, não possui apenas o efeito de catarse, é evidente que existe a manifestação inequívoca do poder punitivo, traduzido na estabilização contrafática de expectativas de comportamento, e que se transmite ao auditório a ilusão de que a ordem jurídica e social foi mantida, etc. (Garcia Amado, 2004, p. 333) Todavia, a observação realizada pela mídia das observações do sistema jurídico são reelaboradas, como visto, segundo seu próprio processo autopoietico, como entretenimento – “*That’s show business!*” (Bucci, 2009, p. 28)

4.1. Novas funções simbólicas do processo penal no STF

Como observam Richard Dubé e Álvaro Pires, nas sociedades contemporâneas, o sistema de justiça criminal – aqui observado como um subsistema funcionalmente diferenciado – está preso na lógica da repressão e controle. (Dubé; Pires, 2010, p. 18-19) De maneira que as velhas semânticas criminais - retribuição, dissuasão, denúncia (ou reprovação) simbólica e da reabilitação prisional – atuam para manter essa lógica, tanto internamente (subsistema penal) quanto no seu ambiente – “para nos lembrar por que é importante punir (comunicar-agir) e fazê-lo de forma ‘coerente’ com relação aos hábitos que foram estabelecidos na historicidade do sistema.” (Dubé; Pires, 2010, p. 33)

Para muitos autores, como visto, a transmissão dos julgamentos criminais do Plenário do STF teve o papel de reafirmar essa semântica, ampliando os espectadores, tanto no próprio subsistema jurídico, como também no seu entorno, notadamente nos subsistemas sociais

²⁶⁴ “Os gregos denominavam katharma ao objeto maléfico extraído no transcurso de operações rituais muito análogas sem dúvida às do chamanismo, tal como os etnólogos não tiveram ocasião de observar em diferentes partes do mundo. Agora bem, a palavra katharma significa também e fundamentalmente uma vítima sacrificial humana, uma variante do pharmakos.” (Girard, 2005, p. 299)

funcionalmente diferenciados da política e de comunicação. É claro que essa análise pressupõe a possibilidade de interpenetração desses subsistemas sociais, interagindo entre si, através dos vários acoplamentos estruturais, sem que exista algum órgão central, controlador dos demais: “a sociedade moderna é uma sociedade sem vértice nem centro.”²⁶⁵ (Luhmann, 1993a, p. 43)

Para além das funções normativas do Processo Penal – fruto da tradição iluminista e adequado ao modelo liberal-burguês, abarcando as teorias contratualistas e as perspectivas utilitaristas (Casara, 2015a, p. 139) – de ser instrumento e limite do poder punitivo, ou melhor, o caminho necessário para chegar-se legitimamente à pena (Lopes Jr., 2015, p. 32), nota-se que a partir das transmissões dos julgamentos criminais pela TV-Justiça, os novos meios de manifestação do princípio da publicidade fazem com que a natureza clássica do processo penal se altere.

Muito mais do que no próprio processo, quer dizer, para as partes envolvidas no caso concreto, e no auditório físico (plateia presente à sessão) que costuma assistir aos julgamentos, o processo se expandiu para além da sede do STF, em que antes estava confinado, e não se trata apenas dos efeitos dissuasórios e intimidatórios da sentença penal condenatória - de reação ao crime e manutenção da lei penal. Possui um efeito extrapenal relevante dentro do universo da cultura da sociedade moderna, na medida em que o espectador penal, não necessariamente presente à sessão fisicamente, ao apreciar um julgamento satisfaria uma necessidade natural de justiça – muito além do deleite dos moralistas na aplicação das penalidades com crueldade (Russell, 2014, p. 19). Da mesma forma que também necessitaria do belo, do verdadeiro e do bom, além da fruição das necessidades mais elementares. Isso foi produzido como efeito da diferenciação feita pelo sistema mídia, da observação produzida pelo sistema Jurídico-Penal de informação em entretenimento.

Nessas condições, pode-se observar que o processo penal, ao atingir o ideal de justiça, proporcionaria uma espécie de prazer, teria então uma função hedonista – uma vez que o belo retrataria o encontro ideal do processo penal com a verdade e a justiça. Esse ideal se realizaria na linguagem, pois ela é o meio de comunicação do processo penal por excelência. Ocorre que as palavras (linguagem) apresentam vários sentidos, possuindo a característica plurissignificativa²⁶⁶ – dependendo da forma, da entonação – da situação – muitas vezes o

²⁶⁵ “una sociedad organizada en subsistemas no dispone de ningún órgano central. Es una sociedad sin vértice ni centro. La sociedad no se representa a sí misma por uno de sus, por así decir, propios subsistemas genuinos.” (Luhmann, 1993a, p. 43)

²⁶⁶ Veja-se, por exemplo, a expressão “pela ordem”, tem, normalmente, o sentido de solicitação da palavra pelo advogado para manifestação, em audiência pública. Os réus talvez de tanto a ouvirem atribuíram-lhe outro significado como querendo dizer “está tudo certo”, “tudo nos conformes”. Assim é comum se ouvir, no diálogo dos presos e entre presos, com esse sentido de que “tá pela ordem”. É comum encontrar em letras de música essa

silêncio possui enorme significação para o processo – muito além do adágio “quem cala consente”²⁶⁷.

Dessa maneira, a linguagem visual enriquece essa plurissignificação – ao acrescentar os gestos, a fisionomia, os trajes que compõe a indumentária judiciária, além dos já presentes na linguagem sonora – a entonação com que os atos são manifestados – em alguns casos querendo mesmo transpor para a linguagem sonora os **negritos** e *itálicos* presentes na manifestação escrita lida na ocasião da manifestação jurisdicional. Como observado, quando se tratou da análise dos vídeos, é muito interessante a exploração das possibilidades gráficas e visuais dos textos jurídicos escritos e impressos (RE 136.239 e HC 88.015, rel. min. Celso de Mello, entre outros).

Ocorre que as palavras, mesmo escritas e impressas em papel com os efeitos de estilo disponíveis nos editores de texto atuais, nem sempre possuem um único significado. Em vão poderá o autor rebelar-se contra as interpretações diferentes da que lhe intentara dar. Embora criador, já não lhe pertence exclusivamente a criatura. De modo exagerado, seria como se a organização STF tentasse proibir que seus julgamentos de escândalos fossem apreciados como espetáculo, em razão do caráter sério e grave que acredita possuir esses eventos midiáticos.

Se esse fato já era constatável numa época de um processo criminal analógico – para espectadores de olhar desarmado ou “despido” e consumidores leitores – tornou-se mais que evidente num mundo digital, onde um novo olhar, que a cultura visual proporciona, acrescenta uma linguagem ausente das mídias tradicionais – pois ressalta a imagem e com ela a evidência de que o corpo fala.

Dessa maneira, a observação realizada nos vídeos evidenciou que, nesse ambiente, ao pronunciar um voto – emitir um julgamento, inconscientemente ou não, o emissor está falando – a linguagem corporal pode não ser a mesma daquela que a voz está pronunciando, pode ser que ao se condenar, no fundo se queria absolver. Esquece-se que a gestualidade também é uma linguagem, e se expressa de modo direto nas emoções mais profundas, as quais em geral não se costuma iludir (Guglielmi, 2010, p. 9).

expressão, como em Dexter – Conflitos;Jaçanã Picadilha - Relatos da Invasão: Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=MwAWRukWEg8>, último acesso 23/2/2016. A expressão primitiva teria um sentido denotativo próprio da linguagem jurídica, carregada de sentidos e significações específicas. Ao se apropriarem da expressão, os réus a reinventaram, atribuindo-lhe outros significados – diferentes do sentido original – talvez fosse correto dizer que se trata de um sentido conotativo.

²⁶⁷ Excluído das práticas jurídicas brasileiras em face do inciso artigo 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal de 1988 – “LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;” é a afirmação do brocardo *nemo tenetur se detegere*, o Código de Processo Penal, em seu artigo 186, parágrafo único, com a redação dada pela Lei nº 10.792/2003, garante o direito ao silêncio do acusado durante o seu interrogatório, sem que isso importe numa confissão, verdadeiro privilégio contra a auto-incriminação. (RTJ 163/626, entre outros).

De modo que é possível se reconhecer a existência de uma linguagem não verbal presente nos julgamentos televisionados. Como observado, a indumentária, os gestos, a fisionomia e o ambiente são componentes simbólicos importantes do julgamento. Muito embora esteja muito além dos propósitos desta pesquisa examinar as diversas e ricas imagens sensoriais presentes nos acórdãos (visuais e sonoros) referentes aos julgamentos penais do STF – como é o caso das figuras de linguagem, muito frequentes nos pronunciamentos dos juízes, as quais ampliam o significado da palavra ou expressão, sem contar o uso corriqueiro das comparações, metáforas, metonímias, antíteses, paradoxos, hipérboles, ironias e eufemismo.²⁶⁸

Contudo, há outro aspecto que deve ser ressaltado dessas observações, que se vinculam ao ambiente da *internet* em que foram disponibilizadas as imagens dos julgamentos do STF. É que ao criar seu espaço digital, nas redes sociais: *Youtube*,²⁶⁹ *Facebook*²⁷⁰ e *twitter*,²⁷¹ além da própria página *web*, e depositando nelas as imagens e informações dos seus julgamentos, inaugurou a entrada do processo penal do STF no *ciberespaço*, ou seja, “o universo paralelo, que tem sua matriz na internet, que abriga megalópolis, ou bancos de dados comerciais, e uma infinidade de portais e sites de todas as espécies. (...) Nessa medida, o ciberespaço deve ser concebido como um mundo virtual global coerente, independente de como se acede a ele e como se navega nele.” (Santaella, 2004, p. 40)²⁷²

Ora, ao divulgar as sessões de julgamento na *internet*, as imagens geradas se distanciam do autor (STF) adquirem vida própria e podem ser utilizadas para os mais diversos fins, sem que o emissor se aperceba ou tenha algum controle sobre os modos pelos quais essas imagens serão utilizadas pelo auditório, ou usuário (*user*). É claro que ainda não se tem a dimensão exata dessa civilização, que as novas tecnologias digitais estão transformando e nem é nosso objetivo penetrar profundamente nesse ambiente tecnológico. Entretanto, não se pode ignorar sua existência ou considerá-lo um simples ambiente ou repositório digital de manifestações analógicas. As imagens geradas e veiculadas em canal aberto ou privado pela TV-Justiça,

²⁶⁸ Diante disso, um discurso jurídico pode ser caracterizado como aquele produzido por um jurista com o objetivo de criar sentido, atingir determinados interlocutores, numa determinada situação histórica. Ocorre que todo discurso veicula conscientemente ou não uma ideologia – como um conjunto de ideias e formas determinadas de conceber a sociedade e o homem. (Zizek, 1996, p. 9) A linguagem é, assim, dialógica, ou seja, estabelece ou cria um diálogo entre duas ou mais pessoas, dois discursos, portanto, e um enunciado concreto é um elo na cadeia da comunicação verbal de uma dada esfera. As fronteiras desse enunciado determinam-se pela alternância dos sujeitos falantes.

²⁶⁹ <https://www.youtube.com/user/STF>

²⁷⁰ <https://www.facebook.com/SupremoTribunalFederal.STF>.

²⁷¹ https://twitter.com/stf_oficial

²⁷² “Onde está o ciberespaço? Não há resposta fácil para essa pergunta. ‘O ciberespaço é como Oz – existe, chegamos a ele, mas não tem ubiquação’ (Stenger, 1993:54). De que se constitui isso que existe em um lugar sem lugar e que é, ao mesmo tempo, uma miríade de lugares? Consiste de uma realidade multidimensional, artificial ou virtual incorporada a uma rede global, sustentada por computadores que funcionam como meios de geração e acesso. Nessa realidade, da qual cada computador é uma janela, os objetos vistos não são nem físicos nem, necessariamente, representações de objetos físicos, mas têm a forma, caráter e ação de dados, informação pura.” (Santaella, 2004, p. 40)

pressupõe algo instantâneo. Todavia, quando inseridas no *ciberespaço*, as imagens dos julgamentos do STF adquirem outros sentidos, dentro da dimensão dos artefatos culturais. Talvez o resultado mais importante tenha sido a independência que elas adquiriram, em relação às organizações emissoras e, por consequência, dos sistemas funcionais que elas fazem parte.

No caso, as imagens se destacaram do sistema de comunicação, tal como tradicionalmente era entendido, e das suas organizações, como são os veículos de difusão de informação. As imagens não necessitam mais da atuação de uma organização pertencente ao sistema do qual foi gerado, nem das organizações que costumam divulgá-las. De maneira que nem o STF e o canal TV-Justiça, nem muito menos os meios de difusão de informações tradicionais possuem ingerência no ciberespaço. Como as imagens estão nesse ambiente, qualquer usuário pode não apenas ter acesso como fazer o uso delas como quiser. Podem inclusive interagir com outras mídias, serem incorporadas em outros formatos e para os mais diversos fins.

Tal como os movimentos sociais, aqui concebidos como sistemas de comunicação, ou seja, como sistemas de comunicação que operam com base em critérios seletivos internos e em situações de elevada contingência e complexidade, (Campilongo, 2012, p. 62)²⁷³ as Mídias Sociais também podem ser concebidas como sistemas de comunicação, uma vez que elas compartilham as mesmas características funcionais dos movimentos sociais. Aliás, as mídias sociais transformaram os movimentos sociais (como são exemplos os movimentos de protesto recentes no Brasil), os quais não podem ser considerados os mesmos daqueles das décadas de 90, 80 e 60, do século passado.²⁷⁴ Eles se interpenetraram, de maneira que um pode ser conectado ao outro, num fluxo de signos. (Santaella, 2004, p. 171)

Incluídas as imagens e demais informações dos julgamentos do Supremo Tribunal Federal no ciberespaço, elas obviamente vão interagir com as tecnologias presentes nesse ambiente virtual, de modo que vão compartilhar suas informações com as redes do ciberespaço, que podem “rolar” pelos grupos, sempre num ambiente *hipertextual* e *audiovisual*, com as

²⁷³ O cimento que pode conectar conceitualmente sociedade, direito e movimentos sociais, seriam segundo Campilongo: (I) são sistemas de comunicação; (II) Operam em configuração social marcada pela ‘diferenciação funcional’ de múltiplos contextos comunicativos; (III) São sistemas constituídos a partir de ‘critérios de seleção internos’ que promovem inclusões e exclusões; (IV) São sistemas instáveis, dinâmicos e expostos a recorrentes binariedades, numa palavra, são promotores e produtos de ‘contingências’; (V) O excesso de possibilidades de escolha, de um lado, e os limites estruturais dos sistemas funcionais, de outro, instauram jogo entre redundância (recursividade de estruturas) e variação (mudanças nas estruturas) típico de uma ‘sociedade complexa’.” (Campilongo, 2012, p. 62).

²⁷⁴ Certamente uma imensidade de detalhes sobre esses movimentos sociais foram omitidos, os quais neste contexto, só serviriam para corroborar o que relatamos, a partir dos casos: *Occupy Wall Street*, Chiapas, movimentos da Primavera Árabe, os *indignados* da Espanha (*movimento 15-M*), e aqueles no Brasil a partir do *Movimento Passe Livre*, que deram nova dinâmica aos movimentos sociais e demonstraram o poder das redes digitais. (Santaella, 2016, p. 61-78)

“megamemórias que coevoluem com a frequência e densidade das trocas.” (Santaella, 2004, p. 172)

“As novas tecnologias digitais acentuaram as conexões entre diferentes discursos, transpostas ao plano cinematográfico (intertextualidade). A intertextualidade remete aos interdiscursos. Um jogo entre discursos que altera ou amplia o significado ou a linguagem original.” (Machado, 2016, p. 39)

Verifica-se, assim, que o processo penal, transformado em espetáculo, figura num ambiente em que ele pode ser assistido pelos usuários de forma livre, segundo suas escolhas e suas opções. Dessa maneira, houve uma inequívoca aliança entre o processo penal e as redes digitais. De modo que, ao final, além da tradicional função de manter as expectativas normativas, ele também proporciona outras sensações, decorrentes da natureza de entretenimento que ele assume.

O processo penal em tal contexto configura-se muito mais do que uma simples aplicação da lei penal – “*jus persequendi*” (Noronha, 1986, p. 3), ou a “*persecutio criminis*” realizando o direito previsto em lei. Também pode ser entendido como um objeto cultural (como resultado da observação do discurso) que se dá pela realidade histórica, em relação dialógica com outros textos. Como ele está inserido num subsistema (jurídico) que se caracteriza por específicas atividades verbais, uso da língua e certos gêneros discursivos acrescidos das imagens, ele gera um complexo arranjo simbólico, de inequívoca riqueza cultural.

Com efeito, a análise do discurso jurídico presente nos julgamentos dos escândalos políticos midiáticos do STF proporciona uma riqueza de elementos. A sintaxe discursiva, por exemplo, presente nesses processos de estruturação do discurso, já nos remete a uma gama de reflexões, como o uso ou não da subjetividade, quando o magistrado utiliza da primeira pessoa no discurso - o que já revela certa subjetividade - e quando não utiliza - o que dá a impressão a quem lê/ouve/assiste o acórdão de que a verdade objetiva se estabeleceu (Fiorin, 2004, p. 16). Frequentes também a presença dos mecanismos do discurso direto – transcrições dos depoimentos, laudos de peritos, manifestações do Procurador-Geral da República, etc.

Se o processo penal no seu julgamento se constitui num espetáculo, é necessário identificar, todavia, que tipo de espetáculo se trata. Todo espetáculo tem que ter os elementos essenciais: atores, o texto e o público. Os atores representam, conscientemente ou não, os papéis do texto, há uma cumplicidade entre o auditório e os atores – um diálogo sob as mais diversas modalidades de espetáculo -, proporciona prazer, no divertimento, reflexão sobre as diversas paixões suscitadas. Talvez fosse melhor dizer que há preponderância de um aspecto em relação aos demais efeitos que o espetáculo proporciona.

No caso de um espetáculo teatral, sobre algum julgamento, os atores representam os diversos personagens do texto que atuam na realidade processual, transportados para o palco, e a partir daí estabelece-se o diálogo – elemento dominante do texto dramático. O diálogo revela a oposição entre as várias personagens – um conflito – nesse caso um elemento essencial da trama dramática – porque revela a tensão entre duas posições opostas – que prende a atenção do espectador, do leitor, da plateia – afinal é inocente ou culpado e por quê? De fato, há inúmeras semelhanças entre o julgamento criminal com o espetáculo teatral – o encontro de diversas artes num mesmo contexto estético – como a arquitetura, a pintura, o crucifixo no centro do plenário, a iluminação e o mobiliário, as vestimentas dos juízes, dos advogados e do PGR, a forma de adentrarem no recinto, enfim, um ritual judicial. (Tedesco, 2007, p. 154-155)²⁷⁵

Quando algum jurista afirma que um determinado julgamento se transformou num espetáculo, em geral quer significar que o processo se transformou num *show*, num circo, numa opera burlesca, para entretenimento do público, apenas, então o uso da expressão se converte em uma forma pejorativa. Ocorre que um julgamento judicial estatal,²⁷⁶ sobretudo quando envolve um escândalo político midiático, ou qualquer ato da vida, se transforma em espetáculo pelo olhar do espectador e não pela vontade dos interlocutores, ou melhor, o entretenimento ocorrerá independentemente da vontade ou intenção dos interlocutores, ainda que graves como se presume ser as decorrentes ou praticadas pelos atores judiciais num processo estatal criminal.

Um elemento, no entanto, ausente de toda comparação com os demais espetáculos é o musical, que, no teatro e no cinema, faz toda a diferença para atingir o objetivo do autor – o clímax da trama, da sucessão de acontecimentos que constituem a ação do enredo. Nos julgamentos do Supremo Tribunal Federal, ainda que televisionados, inexistente essa arte – aliás a única vez que ela está presente nas sessões do plenário do STF é nas sessões solenes - há as mais diversas: posses, homenagens de aposentadoria e fúnebres, entre outras - e assim mesmo na execução do hino nacional.

²⁷⁵ Ainda como semelhança, quando uma peça ou filme é longo costuma-se dividi-lo em atos, no teatro, em episódios no cinema. Nos longos julgamentos de que tratamos, sobre os escândalos políticos midiáticos, podem se realizar em várias sessões, durante vários meses, ou mesmo adiado o julgamento pelo pedido de vista de algum magistrado.

²⁷⁶ Pois há outras formas de realização da “justiça”, aliás, como indicava Boaventura de Sousa Santos, “o pluralismo jurídico surge para preencher a lacuna promovida pela ausência do Estado em determinadas localidades” *in* (Santos, B., 1988, p. 7-99; e, mais recente, na obra de José Maria Terra e Thiago Fabres de Carvalho, na qual procuram afastar os “fetiches espectrais, construídos ideologicamente e reproduzidos de forma avassaladora pela linguagem dominante dos meios de comunicação de massa, do ‘crime organizado’ e do ‘Estado paralelo’”. Nesse sentido, impõe-se a compreensão de que não se trata de um apartamento absoluto, mas sim de uma imbricação de lógicas complexas de construção de sentidos da cidadania, na qual a violência muitas vezes aparece como meio de expressão.” (Terra; Carvalho, 2015, p. 19) Os delinquentes também têm sua moral, sua ética, seus valores que expressam nos julgamentos que realizam, embora sejam totalmente diferentes daquelas prevalentes na sociedade, mas não se pode dizer que sejam amorais.

Quem dirige o espetáculo é o diretor, tanto no teatro quanto no cinema (embora neste tipo específico de espetáculo haja diversos diretores, como de arte, música, etc., dada a multiplicidade de elementos estruturantes). Nos julgamentos criminais do STF, em particular, o Presidente da sessão é quem comanda as ações. Dá a palavra aos respectivos ministros, onde e quando o roteiro (previsto no Regimento Interno) estabelecer.

Enquanto no teatro a característica primordial da encenação é ser efêmera, ou seja, se completa enquanto dura o espetáculo, permanecendo apenas nos comentários *a posteriori*, de determinadas interpretações, nas fotografias do palco e dos atores, e nos livros cujos textos são publicados, (Magaldi, 1986, p. 13)²⁷⁷ no cinema é exatamente o contrário, o filme fica disponível para se assistir enquanto a mídia em que ele estiver gravado durar ou comportar o seu uso e reprodução, e tratando-se de mídias digitais não há sequer um desgaste na reprodução dos elementos visuais, o que reforça a suposição de que são incontáveis as vezes que se pode ver e rever um espetáculo cinematográfico.

As imagens dos julgamentos (criminais) realizados no STF – antes da TV-Justiça – tinham também a característica da efemeridade, na medida em que não eram registradas, ou quando eram, se faziam fotografias da sessão. Era registrado apenas o áudio da sessão, e, ainda assim, esse elemento apenas era mantido para efeito de transcrição (transposição) dos votos orais proferidos na sessão para dados em papel, para formalização do acórdão – documento escrito, feito para ser impresso em papel. Com a introdução do processo digital – que alguns denominam de eletrônico – operou-se uma transformação não no conteúdo, mas na forma do processo, e mesmo o áudio das sessões não foi incorporado ao processo, mas apenas a transcrição do seu conteúdo para o acórdão, sob a forma digital.

Com a TV – Justiça, o auditório – elemento externo ao processo e entorno do subsistema jurídico – passou a ver tudo o que pode ser visto e difundido pelos meios de comunicação de massa. Paradoxalmente, o subsistema Jurídico-Penal, ao aumentar a publicidade e amplitude das suas decisões e atividades, está, em contrapartida, em uma situação de vulnerabilidade e fragilidade, exatamente em função desse excesso de visibilidade.²⁷⁸

A TV-Justiça, embora tenha transformado o modo como o princípio da publicidade é realizado no STF, não trouxe grandes transformações para o processo, em particular para o processo penal, como poderia se dar, por exemplo, com a adoção do sistema acusatório puro,

²⁷⁷ “Se a literatura dramática fica documentada em livro e os cenários e figurinos subsistem em fotografias e desenhos, o espetáculo é uma arte efêmera, que se realiza integralmente na sua duração. O preconceito da eternidade da arte, tão difundido, relega por isso o espetáculo a plano inferior, valorizando em contrapartida o texto, perenizado na história literária.” (Magaldi, 1986, p. 13)

²⁷⁸ Como são exemplos os notórios e lamentáveis desentendimentos entre os ministros, por exemplo.

uma vez que o vídeo do julgamento – elemento visual composto de som e imagem – não faz parte oficialmente do acórdão – que continua a ser uma unidade textual (de dados já agora sob a forma de caracteres digitais) para serem unicamente lidos.²⁷⁹

4.2. A performance dos atores

Como ressaltado anteriormente, ao “ler os vídeos”, observa-se inúmeros detalhes inexistentes nos acórdãos impressos, como é o caso das sustentações orais, as quais são ricos elementos orais que não são integrados ao documento que oficialmente representará o julgamento. De sorte que sua abordagem aqui decorre da observação que foi produzida dessas sustentações, a demonstrar a insuficiência da análise unicamente textual desses fenômenos midiáticos.

A performance do Procurador-Geral da República (PGR) e dos advogados de defesa fizeram, no início do julgamento, é um caso particular. O Plenário transformou-se num palco onde as partes do conflito criminal destilaram seus argumentos sob as mais diferentes formas, na perspectiva de fazer crer aos magistrados a certeza da acusação ou as imperfeições dela. É curioso o uso que muitos fizeram de elementos retóricos de trechos de músicas de Chico Buarque, poesias de Camões, Carlos Drummond de Andrade, Miguel de Cervantes e até Umberto Eco - “Pendulo de Foucault”-, os quais aparentemente não guardam relação de pertinência com o objeto do escândalo político midiático presente na Ação Penal.

Assim, por exemplo, o Procurador-Geral da República, ao concluir sua sustentação oral, invocou trecho da música de Chico Buarque “Vai passar”, escrita num contexto absolutamente distante do escândalo político midiático sob a forma de ação criminal, “Dormia a nossa pátria mãe tão distraída, sem perceber que era subtraída em tenebrosas transações”.²⁸⁰

Igualmente os advogados de defesa – foram 8 dias de sustentações orais, às vezes com sessões na parte da manhã e da tarde – como foi o caso do advogado Leonardo Yarochevsky – defensor de Simone Vasconcelos, diretora de uma das agências de publicidade de Marcos Valério -, que invocou em resposta ao Procurador-Geral da República outro trecho composição de Chico Buarque “Apesar de Você”: “apesar de você, amanhã há de ser outro dia”. Peça essa,

²⁷⁹ Aliás, talvez a grande transformação que a introdução da multimídia trará para o processo penal e que esta pesquisa direciona, será transformá-lo num *webdocumentário* - uma proposta de interatividade e integração de múltiplas mídias, na plataforma Web, geralmente, com inequívocas possibilidades de inovação da forma como são representados os eventos da vida social, como um processo criminal estatal, por exemplo, aliado à um contexto de interatividade e instantaneidade, criando interessantes meios de enriquecer a experiência cultural do espectador-Disponível em: <http://doctela.com.br/webdoc/descubra-o-que-e-webdocumentario/#sthash.c9HSSQ4q.dpuf> último acesso 13/3/2015.

²⁸⁰ Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=h1tukT271Ko> último acesso 31/7/2015

composta durante o período autoritário, e inclui, por razões óbvias, veladas e implícitas críticas à ditadura.²⁸¹

Também nesse sentido foi a sustentação do advogado Luís Maximiliano Leal Telesca Mota – defensor de Anita Leocádia Pereira da Costa, assessora do ex-deputado federal Paulo Rocha (PT-PA) acusada de lavagem de dinheiro -, o qual invocou trecho da composição de Cazusa “O tempo não para”, na tentativa de atacar a denúncia do Procurador-Geral da República, para isso, apontando para o PGR recitou: “Senhor procurador, a sua piscina está cheia de ratos, mas as suas ideias não correspondem aos fatos”.²⁸²

Já o advogado Marcelo Leal, defensor do deputado federal cassado Pedro Corrêa (PP) fez vasto uso de referências literárias, como trechos da obra de Cervantes - “Tirado o motivo, tirado o pecado”; Fernando Pessoa, Camões e do poeta Carlos Drummond de Andrade - trecho do poema “Morte do leiteiro”, bem como da obra “O pêndulo de Foucault”, de Umberto Eco, para comparar a denúncia às distorções produzidas por “um espelho côncavo”, e até versos de Khalil Gibran, do poema “As sete pombas brancas”, na intenção de demonstrar como generalizações e acusações falsas podem comprometer a credibilidade de seu cliente.²⁸³

4.3. Tudo em nome do espetáculo?

Como ressaltado, a linguagem de modo geral é plurissignificativa, as palavras adquirem, no contexto, vários significados. Partindo das experiências pessoais e sociais do emissor - no nosso caso o magistrado - é uma recriação ou uma transcrição da realidade concreta. De maneira que parece ser evidente que a transmissão de um julgamento pela televisão possa assumir vários significados também – independentemente da vontade ou intenção da organização que o gerou ou mesmo do seu autor. Quando inseridas essas imagens no ciberespaço, isso fica ainda mais nítido.

Parece evidente, assim, que a fase de julgamento do processo penal pode refletir as condições em que ele se deu. Tratando-se de órgãos julgadores formados por vários juízes – um colegiado -, como é o caso do STF (Plenário e Turmas) há uma multiplicidade de emoções envolvidas. Dessa maneira, uma decisão judicial, além de um documento oficial, expressão de uma manifestação estatal, pode também expressar e ser apreciado como uma arte – como uma peculiar forma de espetáculo -, que poderá assumir vários tipos ou modalidades, desde uma peça informativa, educativa, ou recreativa, não descartada a circunstância comum de estarem várias modalidades de espetáculo num único ato (informa, educa e diverte, simultaneamente) sem que

²⁸¹ Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=2wvsL4u-UJQ> último acesso 31/7/2015.

²⁸² Disponível em https://www.youtube.com/watch?v=R_0lxunSqSY último acesso 31/7/2015.

²⁸³ Disponível em https://www.youtube.com/watch?v=Ch0_SY4zVQk (posição 1:07:17) último acesso 31/7/20215.

a organização judicial possa ter algum controle da forma como será apreciado o resultado de sua atividade. (Anitua, 2002, p. 2; Garapon, 1997, p. 72; Tedesco, 2007, p. 439)

Nesse sentido, o resultado de um julgamento pode provocar no espectador um sentimento catártico – caracterizado pelo efeito purificador e moral proporcionado pelo alívio dos sentimentos de terror, de piedade –, pois toda a pena seria sacrificial. (Alagia, 2013, p. 247) Entretanto, esse mesmo julgamento também pode ser objeto de entretenimento. Ora, na sociedade pós-industrial, o prazer e a preguiça deixaram de ser um pecado ou um vergonhoso hábito burguês, que deva ser a todo custo execrada, *per fas et nefas*, o ócio e o lazer passaram a ser amplamente utilizados pela massa operária,²⁸⁴ sem o menor constrangimento. (Lafargue, 2001, p. 143-144)

É claro que o entretenimento também é parte do mercado, do consumo, por essa razão se divertir também é um hábito de consumo e uma oportunidade de negócios no sistema capitalista. E não há qualquer razão para tornar essa prática condenável, porque o lazer é absolutamente necessário na vida moderna. Há anátemas contra o ócio como o pai dos vícios, como perigoso promotor do enfraquecimento das virtudes, como a antecâmara de todas as perversões, e ocasião de tédio, violência e uso de drogas. E há ainda uma excessiva aprovação do trabalho como se ele possuísse a virtude milagrosa de transformar todos em virtuosos, maduros, livres, dignos de mérito e felizes. (De Masi, 2001, p. 22)

Essas condenações do divertimento que se apresentam parecem discursos dos antigos gerentes de produção, ou daqueles donos de fábrica de Londres, preocupados com a “deterioração da mão-de-obra”,²⁸⁵ em curar os pobres das indústrias das loucas aspirações das “paixões do homem.” (Lafargue, 2001, p. 147)

Ora, um desses entretenimentos pode ser identificado nos julgamentos criminais, em que se assistem, a partir das transmissões da TV-Justiça, as sessões do Plenário do Supremo, por exemplo. Ainda mais quando esses julgamentos estão disponíveis de forma gratuita e livre de qualquer interferência estatal no ciberespaço.

²⁸⁴ Muito embora, segundo Paul Lafargue, haja um “dogma desastroso” nas classes operárias, consistente na loucura pelo trabalho, “a paixão agonizante pelo trabalho, levada até o esgotamento da energia vital do indivíduo e de seus filhos” (Lafargue, 2001, p. 143)

²⁸⁵ Refere-se a um texto publicado anonimamente em Londres (1770) – “An Essay on Trade and Commerce” no qual pregava que os operários da Inglaterra não podiam ter aspirações de serem livres e independentes (de seus superiores), “é extremamente perigoso encorajar aspirações como esta em um Estado comercial como o nosso, onde cerca de sete a cada oito pessoas têm pouca ou nenhuma terra. Para que a cura seja completa, os pobres de nossa indústria devem resignar-se a trabalhar seis dias pela mesma quantia que hoje ganham por quatro.” (Lafargue, 2001, p. 147)

4.4. O invisível corpo nu dos acusados nos julgamentos criminais

Ao utilizar o método de observação de segunda ordem como desconstrução, tal como empregou Luhmann, na observação das sessões de julgamentos de escândalos políticos midiáticos do STF, nota-se em meio aos excessos de visualidades duas cadeiras no centro da bancada do Plenário vazias. Outrora elas eram ocupadas pelas taquígrafas. Profissionais que faziam o apanhamento dos diálogos, discussões e votos proferidos na própria sessão de julgamento. Com o avanço tecnológico do STF essa função foi substituída pela transcrição das manifestações judiciais diretamente para o idioma português – usando editores de texto, sem haver necessidade de uma linguagem intermediária (*medium*),²⁸⁶ como os sinais simbólicos da escrita taquígráfica. E como são captados os vídeos de todas as sessões, as servidoras que realizavam essa tarefa, as taquígrafas, não necessitariam estarem presentes no Plenário e nas Turmas – podem assistir às sessões de julgamento pelo sistema interno de geração de imagens. No entanto, ainda hoje, permanece o espaço vazio ocupado pela ausência delas.



Fonte: Gervásio Baptista - SCO/STF

As imagens das sessões de julgamentos de processos criminais do STF, entretanto, nos faz notar a ausência de outros corpos, como os dos acusados, embora estejam eles a todo o momento presentes nos discursos, cujas ações alegadamente delituosas são analisadas e valoradas minuciosamente, tanto no recebimento da denúncia quanto no julgamento da ação penal, e mais ainda na fixação da pena-base, em que se procede a análise da sua culpabilidade, e

²⁸⁶ “Como puede reconocerse fácilmente, el acoplamiento estructural ordinario entre sistemas de conciencia y sistemas de comunicación se hace posible por el lenguaje.” (Luhmann, 2007, p. 79).

os seus antecedentes, sua conduta social, e personalidade,²⁸⁷ os motivos do crime (art. 58, CP);²⁸⁸ na verificação da existência de circunstâncias legais (arts. 61, 62 e 65 CP); bem como das causas especiais de diminuição ou aumento da pena existentes tanto na Parte Geral quanto na Parte Especial do Código Penal.

De fato, esse fenômeno pode ser concebido como uma cerimônia, um ritual, como se disse, no qual o acusado tem a sua personalidade despida, onde suas características individuais de ser humano são expostas publicamente, como forma de valorar o seu comportamento.²⁸⁹ Amplificado ainda pelas práticas de humilhação pública, quando este acusado figura como um suposto degenerado “réu de imprensa”. (Alves, 2014, p. 161) O que denota claramente o poder que a grande mídia possui de reafirmar o discurso punitivo hegemônico, de viés elitista.

De maneira que o discurso punitivo e as práticas de humilhação contra os réus de certa forma convergem. (Alves, 2014, p. 162) Despir o acusado para analisar sua personalidade, retirando-lhe as máscaras sociais com as quais se identifica, mesmo que ao final venha essa análise concluir pela sua absolvição, significa expor suas particularidades a intertextualidades visuais, ainda que ele não esteja presente “fisicamente” na cerimônia.

Tal qual Bruno Amaral Machado, entendemos que a teoria dos sistemas autopoieticos é compatível e converge com a análise do discurso. Também nesta área se produz uma desconstrução da observação, ao afirmar, por exemplo, que “ao significar, o sujeito se significa.” Concebendo “o lugar de interpretação do sujeito, a posição-sujeito, é também lugar discursivo em que se constitui o próprio sujeito, a posição com a qual ele se identifica. Isso vale para a relação do sujeito tanto com a linguagem verbal quanto com outras linguagens.” (Alves, 2014, p.

²⁸⁷ “Constata-se, na experiência cotidiana, que a valoração da personalidade do acusado, nas sentenças criminais, é quase sempre precária, imprecisa, incompleta, superficial, limitada a afirmações genéricas do tipo ‘personalidade ajustada’, ‘desajustada’, ‘agressiva’, ‘impulsiva’, ‘boa’ ou ‘má’, que do ponto de vista técnico, nada dizem.” (Boschi, 2002, p. 211).

²⁸⁸ Sem que os magistrados, responsáveis legais por essa valoração, tenham necessariamente conhecimento técnico para realizar essa análise de tamanha complexidade. O que parece sensato a intervenção de um psicólogo para analisar a personalidade do agente, porque não é apenas um simples conceito jurídico, mas um ramo de conhecimento de outras disciplinas, envoltas em enormes divergências de abordagem dentro de um mesmo ramo, como é o caso da psicologia. Na impossibilidade dessa intervenção técnica, a “Jurisprudência brasileira tem atribuído um significado leigo ao conceito como conjunto de sentimentos/emoções pessoais distribuídos entre os polos de emotividade/estabilidade, ou de atitudes/reações individuais na escala socialidade/agressividade, que pouco indicam sobre a personalidade do condenado.” (Santos, J., 2012, p. 315-316) Sem contar que, ao dar importância desmedida à personalidade como circunstância judicial preponderante, pode transgredir a linha tênue entre o direito penal do fato pelo direito penal do autor, pois o acusado acaba sendo penalizado pelo que é ou o que parece ser, e não exclusivamente pelo que fez. (Carvalho; Carvalho, 2004, p. 55)

²⁸⁹ “A personalidade como natureza concreta de sujeitos reais é um produto histórico em processo de constante formação, transformação e deformação, de modo que eventuais traços de caráter constituem cortes simplificados, imprecisos e transitórios da natureza humana, como produto biopsíquico-social do conjunto das relações históricas concretas do indivíduo.” (Santos, J. 2012, p. 316).

162)²⁹⁰ E nos ajuda a analisar os vídeos, as imagens e os sons das sessões de julgamento criminais do STF, dando-lhes sentido muito além das aparentes significações.

É um complexo de formas, volumes, cores, os trajes dos juízes (que remetem a uma larga memória cultural), os sons (falas), tonalidades como efeitos da claridade, todo um ambiente simbólico que evidencia a existência de eventos processados simultaneamente, ao contrário da leitura de textos (acórdãos e decisões judiciais) em que há uma linearidade no processo de absorção das informações. Cada tipo, a seu modo, irá produzir outros efeitos de sentido no observador. Assim, como num jogo, em que há vencedores e perdedores, a interpretação das imagens de um julgamento criminal aponta para uma vitória e uma derrota. Ser absolvido o réu, perde a sociedade e o seu representante (ministério público). Condena-se o réu, a “sociedade” sai ganhando. No jogo, as figuras nele participantes estão em oposição, no caso a Justiça e os acusados, como antagonistas. De maneira que a absolvição significa a derrota da sociedade representada pelo Ministério Público, a condenação representa a vitória da sociedade. Ao assistir ao “jogo do processo penal”, se o auditório não tiver essas chaves de leitura, sua apreciação se restringirá a questionar: “Quem é o mocinho? Quem é o bandido? De que lado está o juiz?”

Claro que para alguns acusados o fato de estarem nus não lhes trará qualquer prejuízo. Para outros, entretanto, é motivo de vergonha, haveria razões além da própria culpa para se envergonharem. Homens, mulheres, moços, velhos, ricos, pobres, não há distinção, neste processo de humilhação pública. Aliás, “a condenação parajurídica e a nudez sempre andaram juntas. Dos castigos medievais à Santa Inquisição; da escravidão aos julgados pelo tráfico e aos torturados nas salas do Departamento de Ordem Pública e Social (Dops), os algozes sempre deixaram nuas suas vítimas. Nos trágicos anos 1940, homens e mulheres foram condenados por serem de uma etnia insuportável para os intolerantes, eram levados igualmente nus às câmeras de gás.” (Alves, 2014, p. 172).

A nudez dos réus é um símbolo de múltiplos significados,²⁹¹ mas também pode revelar que nada, nenhuma máscara protegerá os condenados do olhar dos juízes trajados com suas capas, também de enorme simbolismo, na sua missão de sentinela moral das práticas e condutas

²⁹⁰ “É preciso afirmar, no entanto, quem os discursos não têm uma dinâmica indiferente às relações de poder instituídas na história, não podem ser pensados fora do imaginário ideológico, conforme este se constitui nas relações entre grupos sociais. Em outras palavras, os discursos não são etéreos. São práticas de dizer e produção de sentidos, localizadas na sociedade empírica, no dia a dia dos homens, em suas relações de poder e afecções. Os discursos, em resumo, materializam formações ideológicas.” (Alves, 2014, 163).

²⁹¹ “A nudez num tribunal, ato de suprema vergonha, de descaramento ou de humilhação, faz dessa imagem-significante um enunciado heterogêneo que pode ser apropriado por três formações discursivas, duas parafrásticas, apontando para sentidos correspondentes mesmo que diversos, e outra polissêmica, que sugere um vetor totalmente outro de interpretação e, por isso mesmo, outra formação ideológica. Todas, e eventualmente outras possíveis, determinam não somente os gestos de leitura, mas também a identificação do sujeito-leitor com os sentidos propostos pelo caricaturista ou sua completa contraidentificação. São, em síntese, lugares possíveis de leitura.” (Alves, 2014, p. 168)

humanas. Sob essa óptica, o julgamento criminal revela aspectos que uma análise exclusivamente normativa não consegue perceber. A começar pelo próprio julgamento que não possui apenas um caráter criminal, mas também político, social e cultural, tudo num mesmo processo de apreciação da culpabilidade de alguém,²⁹² e esse fato social complexo nos ajuda a compreender as relações e o funcionamento dos subsistemas sociais, de como eles caracterizam nossas relações sociais e políticas.²⁹³

Diferentemente de outros juízos penais, como o Tribunal do Júri e mesmo os Juízos Penais em que a presença do acusado é um elemento importante – embora não imprescindível²⁹⁴ – a conformar o julgamento criminal, no STF não existe sequer a possibilidade espacial de o acusado estar presente à sessão em que se realiza o seu próprio julgamento, a não ser na hipótese de ele estar no auditório, na condição de espectador e, nesse caso, um observador muito singular que observa a observação do sistema penal sobre si mesmo.

A partir da análise dessas sessões de julgamentos criminais, é interessante notar a semelhança dos julgamentos antigos, onde os réus eram despidos, antes do suplício. Nilo Batista lembra, a propósito, dos suplícios do pelourinho. (Batista, 2015, p. 11)²⁹⁵ Com o tempo, no entanto, esse espetáculo de sofrimento e dor, uma sombria festa punitiva, decorrente dos suplícios desaparece e se converte em um novo ato de administração. Foi mudando de cenário, e o processo penal absorveu essas funções dramatúrgicas de infligir castigos, até que se restringiram aos tribunais e passaram a ser previsíveis, eficazes e incruentas. Os processos rituais do conflito penal se confinaram ao tribunal e às instâncias de condenação e sentença, e não a sua execução. (Tedesco, 2010, p. 41)²⁹⁶

²⁹² “A fórmula-discursiva, conforme define Krieg-Planqué (2009), aparece quando, em um momento do debate público, uma sequência verbal, identificável e quase estável do ponto de vista de uma descrição linguística, passa a funcionar nos discursos produzidos no espaço público como uma sequência, a um só tempo, partilhada e problemática.” (Alves, 2014, p. 169).

²⁹³ É possível, então, fazer um paralelo com a obra de Michael Snow, realizada em 1969 e intitulada “Authorization”, disponível na “National Gallery of Canada”, em que o autor faz a reduplicação fotográfica em abismo da sua própria imagem, pelos procedimentos fotográficos (colagem da própria fotografia na moldura). De maneira que há uma perda progressiva da definição da imagem por ela mesma, ou seja, a multiplicação infinita da própria imagem ao invés de ampliar a visibilidade acaba por dissolvê-la totalmente na própria imagem. (Dubois, 1998, p. 18-19) Disponível em: <http://www.gallery.ca/en/see/collections/artwork.php?mkey=7852> último acesso 24/1/2016.

²⁹⁴ Sobretudo após a Lei nº. 11.689/08 (que alterou o procedimento do Júri), permitindo o seu julgamento sem que esteja presente ao Júri, embora citado.

²⁹⁵ Michel Foucault descreve o sistema punitivo antigo do qual o suplício era o método de obtenção de confissões e de castigo do condenado, onde a vingança estatal recaí sobre o corpo nu do condenado e servia também para disseminar o terror e o medo nas condutas contrárias. O suplício que tem lugar frente ao auditório “é um ritual organizado para a marcação das vítimas e a manifestação do poder que castiga, e não a exasperação de uma justiça que, olvidando-se de seus princípios, perde toda moderação... o corpo supliciado se inscreve no primeiro lugar na cerimônia judicial que deve exibir, a luz do dia, a verdade do crime.” (Foucault, 2003, p. 34) Para ele a guilhotina, antes era considerada a máquina das mortes rápidas e discretas, havia marcado na França uma nova ética, a ética da morte legal. Entretanto, com a Revolução francesa ela se revestiu de um grande ritual teatral (Foucault, 2003, p. 17)

²⁹⁶ “O suplicio penal não cobre qualquer castigo corporal: é uma produção diferenciada de sofrimentos, um ritual

Assim, o processo penal moderno não nega nem procura esconder suas origens, mas os suplícios foram cada vez mais deixando de ostentar explicitamente o caráter de espetáculo de horror.

4.5. O escândalo como espetáculo

Parece estar claro, pela observação realizada, que o processo penal como um espetáculo não tem nada a ver com depreciação ou analogia a uma obra burlesca. Aliás, em razão da multiplicidade de sentidos que a expressão espetáculo adquiriu ao longo do tempo, pode-se dizer que se trata de um conceito guarda-chuva, o qual admite várias conceituações não necessariamente coincidentes.

Segundo a teoria dos sistemas autopoieticos de Luhmann, a comunicação possui uma conceituação peculiar, cuja codificação baseia-se na diferenciação entre o binômio informação e não informação²⁹⁷ (Luhmann, 2005, p. 39). No caso específico do entretenimento, uma das formas de comunicação, a partir do qual é construído um espetáculo, atuaria como produção geral da realidade pela auto-inserção do mundo representado (Luhmann, 2005, p. 109).

Com a transmissão das sessões de julgamento dos processos criminais do Plenário do STF, pelo canal TV-Justiça, e sua disponibilização no ciberespaço, esse ritual jurisdicional ganhou uma visualização sem precedentes, como vimos. Toda a simbologia, que, aliás, forma a cultura organizacional do Supremo Tribunal Federal adquire novas funções, ou melhor, reafirmam suas funções, das quais sem dúvida a mais relevante é solucionar um conflito criminal, pelo reconhecimento de uma verdade processual, fruto de um processo específico de confronto entre versões que ambicionam a esse reconhecimento no ritual jurisdicional. Em termos sistêmicos, o STF, como órgão central do sistema jurídico, atuaria na estabilização contrafática de expectativas de comportamento. (Garcia Amado, 2004, p. 333)

Convém observar, no entanto, que o processo penal se afigura como uma tragédia apenas se nos situarmos na perspectiva do acusado, mas, talvez, essa mesma observação não seja a mesma se o ponto de vista for o da vítima, ou da sociedade e seus representantes no conflito. O pressuposto de que todos os espectadores e, portanto, os auditórios, estejam sentindo o mesmo pavor ou catarse frente ao julgamento criminal parece ser um equívoco. E não se trata,

organizado para a marcação das vítimas e a manifestação do poder que castiga, e não a exasperação de uma justiça que, esquecendo-se de seus princípios, perde toda moderação. Nos ‘excessos’ dos suplícios, se manifesta toda uma economia do poder.” (Foucault, 2003, p. 34), e “O suplício judicial há que compreender também como um ritual político. Forma parte, assim seja em um modo menor, das cerimônias para as quais se manifesta o poder.” (Foucault, 2003, p. 45). Assim, a justiça persegue o corpo do condenado, muito além de todo o sofrimento possível, (Foucault, 2003, p. 34) despejando em seu corpo seu teatro magnífico, como um elogio ritual de sua força. (Foucault, 2003, p. 48).

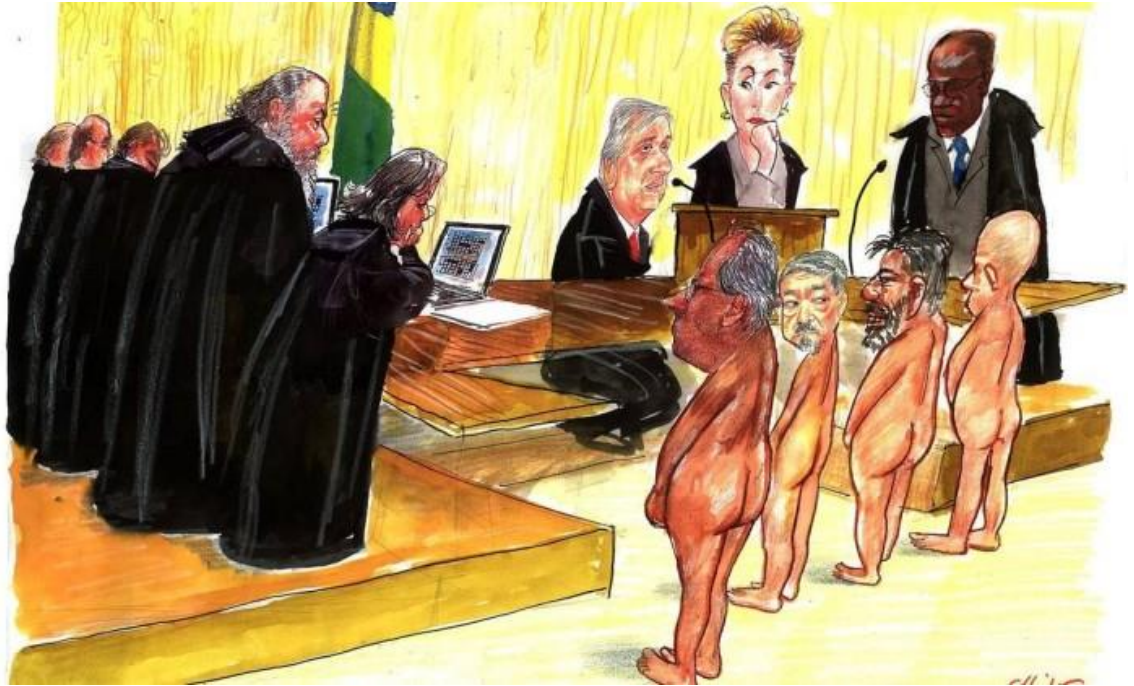
²⁹⁷ Embora, como anota Ciro Marcondes Filho (Luhmann, 2005, p. 39, nota de pé de página) o melhor talvez fosse traduzir por informativo e não informativo.

evidentemente, de insensibilidade frente à dor do outro. É inequívoco que o sistema punitivo exerce também uma função aplacadora dos sentimentos de vingança das vítimas e, nesse caso, o espetáculo seria um drama. Outros, ainda, vindo de outro plano, poderiam considerar tudo uma grande comédia e se divertir com isso, e não há nada absolutamente que possa impedi-los de obter um prazer com o processo penal, como uma forma de lazer.

O problema de associar o teatro ao processo penal é que não são apenas o drama e a tragédia os únicos gêneros teatrais. Aliás, o símbolo do teatro retrata precisamente este aspecto, enquanto uma máscara (*persona*) ri a outra chora. A eventual experiência catártica como efeito externo do processo penal, na qual o auditório toma consciência de si, ao ver descortinar sua própria experiência no processo criminal, deve se dar em todos os gêneros. Nesse sentido, convém lembrar que o humor foi e é utilizado como antídoto contra os autoritarismos de todas as seriedades. Ora, não existe nada mais sério e grave nos tribunais do que o processo penal. Talvez por isso o humor seja ali tão perseguido:

A comédia liquidifica a razão instrumental. Os racionalistas a perseguem como inimiga. A comédia é inimiga da razão por ser amiga da imaginação criadora. A racionalidade da arte cômica como processo de civilização nasce da profunda irracionalidade estética. Se arte é confusão, comédia muito mais. Uma comédia racional é uma contradição em termos. Ao voltar-se contra a razão sob determinados aspectos, a desrazão da comédia reinstaura a razão na sociedade e no Estado. Todo totalitarismo quer passar a imagem de um regime sério, grave, incompatível com a comédia. (Moderno, 2012, p. 17-18)

Embora retrate no fundo uma tragédia em si mesma – a aplicação do sistema punitivo –, não há como não reconhecer o caráter cômico de uma caricatura de um julgamento criminal, como são exemplos as charges realizadas por Chico Caruso, publicadas no Jornal “O Globo”, em 28/8/2007, 3/1/2012, e 10/6/2012, em que retrata diferentes momentos do processo penal relativo ao escândalo político do mensalão (denúncia, instrução e início do julgamento) segundo a percepção do artista:





De maneira que a concepção do processo como espetáculo também deve incluir a comédia, além do drama e da tragédia, como gêneros ou modalidades de entretenimento, e provocar no espectador o riso, além do sentimento catártico – caracterizado pelo efeito purificador e moral, pelo terror ou piedade. (Alagia, 2013, p. 247)

O entretenimento na sociedade pós-industrial, como visto, é uma modalidade de prazer, de modo que, o processo como espetáculo, faz com que os julgamentos criminais entrem “em cartaz”, como mais uma modalidade do *show business*.

Em que entram em cena, principalmente, dois valores: a verdade e a liberdade. O fascínio pelo crime, em um jogo de repulsa e identificação, a fé nas penas, apresentadas como remédio para os mais variados problemas sociais (por mais que todas as pesquisas sérias sobre o tema apontem para a ineficácia da “pena” na prevenção de delitos e na ressocialização de criminosos), somados a um certo sadismo (na medida em que aplicar uma “pena” é, em apertada síntese, impor um sofrimento) fazem do julgamento penal um objeto privilegiado de entretenimento. (Casara, 2015, p. 11)

Ocorre, no entanto, que é possível que o processo penal, quando associado à noção de entretenimento, possa resultar em menosprezo pelos direitos fundamentais do acusado, fazendo com que o espetáculo produza uma mutação do processo penal, a dimensão de garantia cederia lugar para à dimensão de entretenimento. (Casara, 2015, p. 12)

Como visto, quando da descrição dos acoplamentos estruturais entre sistema de comunicação e o sistema jurídico, o sistema de comunicação mantém com seu ambiente acoplamentos a partir de notícias, publicidade e entretenimento. Especificamente quanto ao acoplamento estrutural com o direito, ele se dá em geral na forma de notícias, oriundas de

reportagens jornalísticas, que mobilizam a opinião pública, ou promovem julgamentos antecipados – *trial by the media*. (Luhmann, 2005, p. 117)

O direito é tipicamente irritado (mas somente em casos isolados) pelo julgamento antecipado nos meios de comunicação ou por meio de um tipo de reportagem cujas consequências não podem ser ignoradas no decurso posterior da formação de opinião jurídica, considerando-se do ponto de vista da “responsabilidade pelos resultados”. (Luhmann, 2005, p. 117-118)

Ao lado dos casos emblemáticos citados por Luhmann, a operação mãos limpas na Itália e o julgamento dos policiais que espancaram o motorista de taxi negro, Rodney King, em Los Angeles (1992-1993), deve ser incluído o presente Estudo de Caso.

De fato, as duas modalidades de acoplamentos estruturais descritas estiveram presentes em todo o julgamento do escândalo político midiático do “mensalão”. Tanto as reportagens quanto os julgamentos antecipados foram realizados de forma exaustiva, *à outrance*. A transmissão dos julgamentos pelo canal de televisão TV-Justiça também permitiu o registro e a reprodução em cadeia, pelos demais veículos de comunicação (principalmente emissoras “abertas”) dos momentos mais culminantes do Caso.

Parece que a existência de múltiplas plataformas de veiculação de informação na sociedade, contribuiu para tornar esse julgamento de escândalo midiático num fenômeno de hiperexposição das semânticas produzidas, ainda mais se considerarmos que as imagens estão no ciberespaço.

Além disso, como foi ressaltado na observação do acoplamento estrutural entre os sistemas de comunicação e jurídico, o julgamento do escândalo político midiático do “Mensalão” adquiriu a forma de entretenimento. Isso ocorreu quando o sistema de comunicação passou a utilizar as observações do sistema Jurídico-Penal não como informação, mas como entretenimento, como um produto do “*show business*.” Muito provavelmente, como resultado de um processo de evolução e de diferenciação interna do sistema de comunicação. Evolução que, para a teoria sistêmica, não se confunde com progresso ou desenvolvimento institucional. (Campilongo, 2011b, p. 122)²⁹⁸

Nessa perspectiva, a observação produzida conduziu a uma reflexão proporcionada pela convergência dos resultados advindos das fontes teóricas utilizadas na pesquisa. De fato, a teoria social dos escândalos de John Thompson permite observar esse fenômeno como eventos

²⁹⁸ “A multiplicação das possibilidades de comunicação, ou seja, a diferenciação da sociedade, produz informação, variabilidade e incremento incessante de novas possibilidades de comunicação. Quanto maiores as oportunidades de comunicação, maior também a complexidade social.” (Campilongo, 2011b, p. 122)

mediáticos, que adquirem dinâmicas próprias, tanto no subsistema social político quanto no subsistema jurídico. A teoria dos sistemas autopoieticos de Luhmann, por sua vez, fornece a ferramenta da observação, como desconstrução, desses fenômenos, de modo que se observa como a observação dos observadores foi realizada – observação de segunda ordem. E isso permite ver o que não visto pelos que estavam vendo.

E o que a teoria sistêmica vê nesses julgamentos de escândalos político midiático, que as outras teorias não viram? Ela parte do pressuposto que o elemento fundamental da sociedade é a comunicação. A sociedade se diferencia funcionalmente em sistemas sociais os quais produzem comunicação. Esses sistemas sociais se “auto irritam” com os estímulos do ambiente, a partir da diferenciação entre sistema e entorno. De maneira que os escândalos políticos midiáticos são comunicações produzidas pelos sistemas funcionais, no interior da sociedade, que reage a eles. Isso permite ver o que as outras concepções teóricas “não veem que não veem aquilo que não veem” (Campilongo, 2011b, p. 123)

A partir do processamento pelo sistema jurídico do escândalo político midiático do “Mensalão”, foi possível observar como esse sistema funcional realizou sua observação, bem como a identificação semântica criminal presente no julgamento, (Dubé; Pires, 2010, p. 27) a qual apresentou predominantemente as características da racionalidade penal moderna.

Houve, entretanto, em razão da extensão e complexidade deste Caso, também momentos em que a Corte recusou uma resposta “essencialmente punitiva”, ao reconhecer a existência de recursos que possibilitaram um novo julgamento, sobre parte da condenação e da fixação das penas (embargos infringentes), ou, ainda, quando entendeu que o empate na votação, quanto ao reconhecimento da materialidade e da autoria, deve ser favorável ao réu, e, portanto, concluiu pela absolvição de diversos réus. Nessas situações, a semântica criminal presente nas observações realizadas pelo sistema funcional do direito podem ser identificadas com o discurso garantista, como uma técnica de minimização da violência e maximização da liberdade. (Ferrajoli, 2014, p. 786)

De maneira, que essas distintas fontes teóricas, as quais se podem denominar de triangulação de teorias (Martins; Theóphilo, 2009, p. 68) permitiram empreender uma observação da complexidade envolvida no fenômeno do escândalo político midiático do “Mensalão”, como estudo de caso, e, como consequência, propiciou uma inequívoca ampliação dos horizontes cognitivos.

O Juiz Democrático

*Em Los Angeles, diante do juiz que submete a
exame*

*Os que buscam tornar-se cidadãos dos Estados
Unidos*

*Apresentou-se um taverneiro italiano. Após séria
preparação*

*Prejudicado no entanto por seu desconhecimento da
nova língua*

Respondeu no exame à pergunta:

O que significa a Emenda nº 8? com hesitação:

*1492. Desde que a lei exige que os candidatos
conheçam a língua*

*Ele não foi aceito. Retornando Após mais três
meses gastos em estudos,*

*Mas ainda prejudicado pelo desconhecimento da
língua Foi-lhe colocada a seguinte pergunta: Quem
foi O general vencedor da Guerra Civil? Sua
resposta foi: 1492. (Dita alegremente, em voz alta).*

Novamente, foi mandado embora

E, retornando uma terceira vez, respondeu ele

*A uma terceira pergunta: De quantos anos é o
mandato do Presidente?*

Novamente com: 1492. Então

*O juiz, que simpatizara com o homem, percebendo
que ele não poderia*

Aprender a nova língua, perguntou-lhe

Como ganhava a vida, e soube: trabalhando duro.

Assim

*No seu quarto comparecimento fez o juiz a seguinte
pergunta:*

Quando foi o descobrimento da América?

*E baseado em sua resposta correta 1492, concedeu-
lhe a cidadania.*

(Bertolt Brecht)

CONCLUSÕES

Numa das alvissareiras apresentações desta pesquisa, ainda na fase inicial, ao grupo de pesquisa Política Criminal dirigido pelo Professor Bruno Amaral Machado, seus resultados foram confrontados com a mesma pergunta que Luhmann termina o livro “Organização e Decisão” afinal: “Para que serve isto na prática?” (Luhmann, 2010, p. 537)

Após refletir sobre essa questão pragmática, no entanto, da enorme profundidade, que se desenvolve em miríades de outras, como qual o critério de utilidade? Útil para quem? Para a sociedade, para o STF, para a Universidade? São questionamentos que conduzem a uma reflexão sobre o papel da ciência na sociedade.

Álvaro Pires nos diz que no momento do nascimento das ciências sociais, no século XIX, “uma das preocupações era neutralizar o máximo possível os interesses políticos e éticos do analista, de modo a atingir mais facilmente a realidade objetiva ou a verdade”. (Pires, 2008, p. 43). Antigamente se dizia que o pesquisador tinha um viés, portanto era um problema, hoje, “sob a condição de ser eticamente bem orientado, ele é o que conta para a ciência.” (Pires, 2008, p. 44) Pelo menos a pesquisa foi bem orientada. A pesquisa não procura contribuir com algo novo ou inusitado, com algo significativo para o progresso do Direito, mas apenas procura melhor compreender o labirinto de temas envoltos no julgamento de escândalo político midiático no STF, e a partir dele, refletir sobre como a sociedade observa a si mesma.

O que resulta disso tudo? Que o julgamento criminal é uma parte do Processo Penal cujo estudo não se exaure apenas nos aspectos normativos – ainda que o analista tenha um “viés” normativista, ou, como dizia Roberto Lyra Filho, se contente com a navegação de cabotagem.²⁹⁹ Ele está envolvido numa tal rede de conhecimento, em particular a criminologia, que ilumina as opacas silhuetas de um processo penal dominado por superstições e mitos. (Casara, 2015, p. 194-195)

A pesquisa revelou a maneira como o STF produz suas observações de um escândalo político midiático. Como se processa essas observações num contexto de alta complexidade como o que existe nessa organização central. Também ficou visível que uma causalidade linear e mecânica não é apropriada para descrever adequadamente o fenômeno do julgamento dos escândalos midiáticos no Supremo, bem como as irritações que essa organização sofre dos demais sistemas parciais, de modo especial, o sistema de comunicação.

²⁹⁹ Que conduz aqueles que restringe seu olhar apenas às normas que o processo penal encerra, ou seja, à dogmática jurídico-penal. (Lyra Filho; Cernicchiaro, 1973, p. 16).

Como se viu, a pesquisa do *corpus* mostrou que não há uma relação unívoca entre o tamanho dos votos e dos acórdãos em função da transmissão das sessões pelo canal TV-Justiça, nos julgamentos de ações penais. Tanto no Plenário, onde são transmitidas as sessões, quanto nas Turmas, ocorrem julgamentos longos e curtos. Em muitas ocasiões o tamanho dos votos não corresponde à duração do julgamento, pois pode ocorrer que seja omitida sua leitura integral, quando se faz apenas um resumo, ou a leitura apenas da ementa do acórdão que se tenciona ver aprovado pelo Plenário ou Turma. Esse argumento se mostrou desprovido de comprovação empírica, a ensejar a condenação das transmissões das sessões do Plenário do STF.

A possível existência de um agendamento do STF - *agenda setting* -, embora não reconhecido oficialmente, pode ter acontecido na decisão de “*agendar*” a Ação Penal nº 470/MG. Ficou visível, entretanto, que esse fenômeno de agendamento é mais habitual no subsistema social da política.

Na observação da forma como são produzidas as observações de observadores, pelo STF, alguns tipos de observações feitas pelo sistema de comunicação se mostraram particularmente importantes para a organização STF - pela seletividade que realizou. São notícias veiculadas pelos meios de difusão – organizações do sistema de comunicação – que fizeram com que o STF processasse essas irritações de modo particular. Como foi o caso da divulgação das telas dos *notebooks*, ou da entrevista do ministro Ricardo Lewandowski, ao jornal Folha de São Paulo, em 14 de dezembro de 2011- “Mensalão terá prescrição de penas, diz Lewandowski”.

A análise dos acoplamentos estruturais revelou aspectos interessantes da função que a organização STF desempenha no centro do sistema do jurídico. É o caso dos diversos tipos de acoplamentos estruturais entre sistema de comunicação e jurídico – como notícias, julgamentos antecipados e entretenimento. Mas não só. O resultado da análise empreendida revelou que a teoria dos sistemas autopoieticos de Niklas Luhmann propicia ferramentas para análise do funcionamento, o desenvolvimento e os vínculos do subsistema jurídico com os demais subsistemas funcionais envolvidos no julgamento de um escândalo político midiático, sem que essa observação possa ser captada por um prisma exclusivo e hierarquicamente superior.

O Estudo de Caso, por outro lado, tornou incontestável que a semântica identitária predominante nas observações foi relacionada com a racionalidade penal moderna. Seja pela presença nos votos de referências implícitas ou explícitas ao auditório, físico ou virtual, (Pires, 2004, p. 51) seja, indiretamente, quando se adotou um discurso para “orientar o público”, “guiar a opinião pública”. (Pires, 2004, p. 51)

As exceções, que foram observadas nos casos de absolvição, de admissão dos embargos infringentes, e de fixação de penas mais brandas, ou mesmo que levaram ao reconhecimento da

prescrição da pretensão punitiva, podem ser classificadas como um discurso garantista, na forma de técnica de minimização da violência e maximização da liberdade. (Ferrajoli, 2014, p. 786)

As distintas fontes teóricas - triangulação teórica - permitiram empreender uma observação da complexidade envolvida no fenômeno do escândalo político midiático do “Mensalão”, bem como serviram para mostrar as conexões entre o STF e seus auditórios. Alguns visíveis outros não. Nesse processo, também ficou claro que a TV e Rádio Justiça levam ao povo como funciona sua própria Suprema Corte. Esse parece ser um inequívoco sentimento de promoção da cidadania e, por consequência, de realização de um dos princípios constitucionais fundamentais da sociedade. Mas esses meios de difusão possuem inúmeros outros programas, elaborados por equipes de tribunais, do Ministério Público e advogados, do país inteiro, no mesmo sentido, não há um sequer que não discuta aspectos do direito vinculados à cidadania.

A área de comunicação social, que o Supremo Tribunal Federal – STF se relacionou mais intensamente, criando e disponibilizando para a comunidade jurídica e a sociedade um dos maiores instrumentos de disseminação de conhecimento em *broadcasting*, possui uma enormidade de teorias e campos de estudo.³⁰⁰

O estudo mostrou ainda que o Supremo Tribunal Federal – STF constitui-se numa organização polifônica³⁰¹ (Andersen, 2003, p. 166-171)³⁰² sem que a existência dessa característica possa de alguma forma quebrar a codificação que caracteriza esse sistema social.

A base teórica, entendida como caixa de ferramentas metodológicas, permitiu identificar, por exemplo, aqueles casos em que houve a abertura cognitiva do subsistema jurídico, como nas matérias jornalísticas referentes às fotografias dos *notebooks* dos ministros, durante a sessão plenária de recebimento da denúncia do Estudo de Caso e no caso da gravação de comunicação telefônica, feita no ambiente de um restaurante em Brasília. Houve, nesses casos a aceitação das irritações, e, a partir delas, foram desencadeadas ações, como pronunciamentos, notas à imprensa, etc.

³⁰⁰ E não há nenhum sentimento mais poderoso que esse de contribuir para a melhoria intelectual do mundo diminuindo a própria ignorância.

³⁰¹ Conceito que nos vem desde o século XV, baseado no Coro Gregoriano que possui várias vozes, representando cada uma um texto, uma melodia e ritmo num diálogo sonoro na mesma peça musical.

³⁰² Muito embora para Andersen “Organizational polyphony only pertains to the management of multiple binary codifications. My proposal for a definition is as follows: An organization is polyphonic when it is connected to several

function systems without a predefined primary function system.” (Andersen, 2003, p. 167) Ora, o STF pertence a um sistema social (direito) que possui inequivocamente um predefinido sistema funcional e as decisões jurisdicionais, conquanto utilize informações sob a forma de códigos de outros subsistemas sociais (vozes) pelos seus programas próprios que possibilitam a abertura operacional, não faz desaparecer o código principal que é lícito / ilícito (direito / não direito).

Nesse processo, o sistema de comunicação seleciona as observações provenientes dos subsistemas funcionais, que constituem seu ambiente, considerando os atores envolvidos e a importância política e social do processo penal respectivo. E pode com isso irritar os sistemas do direito e da política em maior ou menor grau, conforme a natureza da notícia pautada. As notícias veiculadas no sistema de comunicação possui a capacidade de estimular – sob a forma de irritações ou perturbações, na forma dos diversos acoplamentos estruturais – os sistemas sociais. E o subsistema jurídico pode influenciar as decisões de pautas do sistema de comunicação, gerando novas observações, numa situação de mudanças ininterruptas dos sistemas observados - *structural drift*. (Maturana, 2002, p. 17)

As imagens dos julgamentos do Supremo Tribunal Federal constituem uma unidade de comunicação bastante intensa. É possível que venha no futuro, por qualquer das circunstâncias que a interação dos diversos subsistemas sociais revela, a ser restringida ou mesmo extinta, voltando-se apenas às imagens captadas pelos próprios presentes à sessão de julgamento – o auditório dos presentes, com seu “olhar despido” - como ocorre hoje nas Turmas, o que seria lamentável. Embora hoje seja improvável, pois constitui um inequívoco avanço institucional do STF na sua missão de tornar mais transparente suas atividades inequivocamente fundamentais na sociedade brasileira.

O retorno ao sistema anterior tem também um significado de retrocesso cultural. É como voltar a utilizar as urnas de lona no processo de votação eleitoral, ou as velhas máquinas de escrever Remington e Olivetti, que não tinham “memória”. É possível voltar a estes processos que o desenvolvimento tecnológico tornou obsoletos, embora seja improvável. Imagina-se que seria como não olhar a tela do cinema, e se “assistisse” ao filme apenas ouvindo os diálogos dos atores e a trilha sonora – há certa perda da qualidade da informação que é transmitida.³⁰³

É claro que há tipos de arte como a ópera, por exemplo, em que se pode deleitar apenas ouvindo e acompanhado o libreto. Acompanhar uma sessão pública, legislativa ou de julgamento, apenas com o som das vozes dos emissores – como ocorre nas rádios Câmara, Senado e Justiça – apenas quando não há possibilidade de assistir às imagens – no trânsito por exemplo. Sensação semelhante se tem quando se “assiste” pela *internet* aos chamados “oral argument” da Suprema Corte norte-americana.³⁰⁴

³⁰³ Da mesma forma, não se aperceberia da riqueza das imagens e de seu conteúdo fabulosamente simbólico da sustentação oral da advogada Jôenia Batista de Carvalho, de origem índia, na sessão do plenário do 28/8/2008, onde se discutia a demarcação da reserva indígena Raposa Serra do Sol - PET 3388, pois ela trazia em sua face a pintura vermelha de sua tribo, além de colares tribais, que adornavam, enalteciam e dignificavam sua imagem.

³⁰⁴ Disponível em: http://www.supremecourt.gov/oral_arguments/argument_audio.aspx última visita 3/1/2016.

A pesquisa aponta que a transmissão das sessões de julgamento do Plenário do STF é uma fabulosa evolução do princípio da publicidade e apenas nos casos excepcionais pode deixar de ser veiculada. Entretanto, encontram-se várias reflexões onde são expostos temores quanto ao uso indiscriminado das imagens, da televisão, dos perigos envolvidos nessa exposição. Pierre Bourdieu, por exemplo, alerta para que a televisão não se converta num instrumento de opressão simbólica. (Bourdieu, 2008, p. 8) De fato, os mecanismos descritos em sua análise sugerem que a televisão expõe a um grande perigo as “diferentes esferas da produção cultural, arte, literatura, ciência, filosofia, direito; creio mesmo que, ao contrário do que pensam e dizem, sem dúvida com toda a boa-fé, os jornalistas mais conscientes de suas responsabilidades, ela expõe a um perigo não menor a vida política e a democracia.” (Bourdieu, 2008, p. 5). Esse perigo decorreria da lógica de mercado subjacente à televisão, a busca por audiência, aliás, pela concorrência sem limites pelo índice de audiência e na exploração plena das paixões mais primárias. Faltaria, então, à televisão uma autonomia discursiva e crítica – “a crítica pelo discurso”.³⁰⁵

Os sistemas estudados (comunicação e direito) se revestem de enorme complexidade, não há como afirmar simplesmente que um influencia o outro. A pesquisa revelou que os escândalos políticos midiáticos estão envoltos em paixões e interesses conjugados, pelo desiderato que melhor atenda a esses anseios por condenação ou absolvição. Enquanto uns querem que o clímax do escândalo midiático perdure indefinidamente, tudo o que o outro lado quer é precisamente ser esquecido.

Afinal, de nada adianta dar velhas respostas a novas perguntas apresentadas, por isso o STF, observando a maneira que realizou a observação do caso, corrigiu o equívoco de processar e julgar todos os envolvidos no escândalo político midiático do “mensalão”, e alterou o seu regimento interno, transferindo essa competência (de julgar criminalmente parlamentares) para as Turmas (ER nº 49/2014), bem como adotou uma política restritiva do instituto do *simultaneous processus*, de modo a manter na Corte apenas os processos em que os acusados detenham prerrogativa de função. (CF, art. 102, I, “b” e “c”)

O escândalo político midiático do “mensalão” representou mais um capítulo da história do STF – nem o mais célebre julgamento, nem “uma cascata de equívocos” –, na sua longa batalha para construir um percurso ético, na edificação da solidariedade, da harmonia e da paz da sociedade brasileira.

³⁰⁵ Ninguém discute que às vezes se encontra numa única foto a força que muitos discursos não possuem, como é o caso da foto das crianças fugindo em desespero, após ataque de bombardeiro com *napalm* na guerra do Vietnã: Disponível em: <http://apogeudoabismo.blogspot.com.br/2012/06/menina-que-simboliza-guerra-do-vietna.html>.

Referências bibliográficas

- ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. Tradução coordenada por Alfredo Bosi, et. al. 2ª ed. São Paulo. Mestre Jou. 1982.
- ALAGIA, Alejandro. *Hacer Sufrir*. Imágenes del Hombre y la Sociedad en el Derecho Penal. Buenos Aires: Ediar. 2013.
- ALDÉ, Alessandra; VASCONCELLOS, Fábio. Ao vivo, de Brasília: Escândalo Político, oportunismo midiático e circulação de notícias. *Revista de Ciências Sociais*, vol. 39, nº 2. 2008, p. 61-69.
- ALVES, Wedencley. As caricaturas da verdade: discurso punitivo e práticas de humilhação na imprensa, In: BATISTA, Vera Malaguti. (Org.) *A violência na berlinda*. Rio de Janeiro: Contra Capa/Faperj. 2014, p. 171-173.
- AMADO, Juan Antonio Garcia. A Sociedade e o Direito na obra de Niklas Luhmann. In: ARNAUD, André-Jean; LOPES JR, Dalmir. (Org.) *Niklas Luhmann: do Sistema Social à Sociologia Jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2004, p. 301-344.
- ANDERSEN, Niels Åkerstrøm, Polyphonic Organizations. In: BAKKE, Tore & HERNES, Tor (org.). *Autopoietic Organization Theory*. Oslo: Copenhagen Business School Press. 2003, p. 166-171.
- ANDRADE, Fábio Martins. *Mídia e Poder Judiciário*. A influência dos órgãos da mídia no processo penal brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora. 2007.
- ANITUA, Gabriel Ignacio. *Justicia penal pública*. Un estudio a partir del principio de publicidad de los juicios penales. Buenos Aires: Ediciones Del Puerto. 2002.
- AQUINO, Santo Tomas. *Suma de Teología*. Tradução de Ovidio Calle Campo e Lorenzo Jiménez Patón. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1990.
- ARENDT, Hannah. *Entre o passado e o futuro*. Tradução de Mauro W. Barbosa. 5ª. Ed. São Paulo: Perspectiva. 2003.
- ARNALD, André-Jean; LOPES JR., Dalmir. (org.) *Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2004.
- ARNETT, Matthew Flint; DULANEY, Emmett. *Desvendando o TCP/IP*. 4ª ed. Tradução de Arx publicações. Rio de Janeiro: Editora Campus. 1997.
- ASHBY, W. Ross. *Introdução à cibernética*. Tradução de Geraldo Gerson de Souza. São Paulo: Editora Perspectiva. 1970.
- BACHELARD, Gaston. *A afirmação do espírito científico*. Tradução de Estela S. Abreu. Rio: Contraponto. 1996.
- BAKHTIN, Mikhail. *Estética da Criação Verbal*. Tradução de Maria E.G.G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 2ª ed. 1997.

BARATTA, Alessandro. *La vida y el laboratorio del derecho*. A propósito de la imputación de responsabilidad en el proceso penal. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 5 (1988), p. 275-295.

BARBERIA, Itxaso; BLANCO, Fernando; CUBILLAS, Fernando B.; MATUTE, Helena. Implementation and Assessment of an Intervention to Debias Adolescents against Causal Illusions. *PLoS ONE*. Volume 8. Agosto 2013. Disponível em <http://journals.plos.org/plosone/article/asset?id=10.1371%2Fjournal.pone.0071303.PDF> último acesso 31/5/2016

BARBOSA, Rui. *Obras completas*. Vol. XLI, 1914, Tomo III, p. 259. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1977.

BARROSO, Luis Roberto. *Grandes transformações do Direito Contemporâneo e o pensamento de Robert Alexy*. 2014. Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/palestra-barroso-alexey.pdf>. Último acesso 24/1/2016

BARROSO, Luis Roberto; MENDONÇA, Eduardo. *STF entre seus papéis contramajoritário e representativo*. Revista Consultor Jurídico. Jan. 2013. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-jan-03/retrospectiva-2012-stf-entre-papeis-contramajoritariorepresentativo>. Último acesso 24/1/2016

BATISTA, Nilo. *Crítica do Mensalão*. Rio de Janeiro: Revan. 2015.

BATESON, Gregory. *Steps to an Ecology of Mind*. Collected Essays in Anthropology, Psychiatry, Evolution, and Epistemology. Londres: Jason Aronson Inc. 1987.

_____, *Novas tendências do direito penal* – artigos, conferências e pareceres. Rio de Janeiro: Editora Revan. 2004.

_____, *Mídia e sistema penal no capitalismo tardio*. Discursos Sediciosos – crime, direito e sociedade. Rio de Janeiro, ano 7, nº 12, 2º semestre 2002, p. 271-288.

_____, *Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Editora Revan. 2001.

_____, *Punidos e Mal Pagos*. Violência, Justiça, Segurança Pública e Direitos Humanos no Brasil de hoje. Rio de Janeiro: Editora Revan. 1990.

BAUDRILLARD, Jean. *Simulacros e Simulação*. Tradução de Maria J.C. Pereira. Lisboa: Relógio d'água. 1991.

BAUER, Martin W.; AARTS, Bas. A Construção do Corpus: Um princípio para a coleta de dados qualitativos. In: BAUER, Martin W.; GASKELL, George. *Pesquisa qualitativa com texto, imagem e som*. Um manual prático. Tradução de Pedrinho A. Guareschi. Petrópolis: Editora Vozes. 2015.

BENTHAM, Jeremy. *O Panóptico*. Tradução de Tomaz Tadeu da Silva. Belo Horizonte: Autêntica. 2000.

BERGAMO, Mônica. *Nunca a Mídia foi tão ostensiva para subjugar um juiz*. Folha de São Paulo. Brasil. 26 de setembro de 2013. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/ilustrada/130869-monica-bergamo.shtml> último acesso 23/5/2015.

BOSCHI, José Antonio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2002.

BOURDIEU, Pierre. *Sobre a televisão, seguido de “a influência do jornalismo e os jogos olímpicos*. Tradução de Maria L. Machado. Rio de Janeiro: Zahar Editor. 1997.

_____, *Sur la télévision*. Suivi de L’emprise du journalisme. Paris : Raisons D’Agir Éditions. 2008.

BRANDEIS, Louis D. *Other People's Money - and How Bankers Use It*. New York: Frederick a Stokes Company Publishers. 1914.

BUCCI, Eugênio. *Brasil em tempo de TV*. São Paulo: Boitempo Editorial. 1996.

_____, *A Imprensa e o dever da liberdade*. A independência editorial e suas fronteiras com a indústria do entretenimento, as fontes, os governos, os corporativismos, o poder econômico e as ONGs. São Paulo: Contexto. 2009.

_____, *O Estado de Narciso*. A comunicação pública a serviço da vaidade particular. São Paulo: Companhia das Letras. 2013.

_____, *Sobre Ética e Imprensa*. 2ª ed. São Paulo: Companhia das Letras. 2016.

BUCCI, Eugênio; KEHL, Maria Rita. *Videologias*. Ensaio sobre Televisão. São Paulo: Boitempo Editorial. 2004.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O direito na sociedade complexa*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva. 2011.

_____, *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva. 2011. (2011a)

_____, *Direito e diferença social*. São Paulo: Saraiva. 2011. (2011b)

_____, *Interpretação do Direito e Movimentos Sociais*. Rio de Janeiro: Elsevier. 2012.

CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. *Aplicação da pena e garantismo*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

CARVALHO JR., Orlando Lyra de. Mídia e Criminalidade: acertos e impasses no *agenda-setting* e no *accountability*. *Revista Ciências Sociais*. Vol. 46, nº 2. São Leopoldo: Unisinos. 2010, p. 187-196.

CASARA, Rubens R.R. *Processo Penal do Espetáculo*. Ensaio sobre o poder penal, a dogmática e o autoritarismo na sociedade brasileira. Florianópolis: Empório do Direito. 2015.

_____, *Mitologia Processual Penal*. São Paulo: Saraiva. 2015a.

CASARA, Rubens R.R.; MELCHIOR, Antonio Pedro. *Teoria do Processo Penal Brasileiro*. Dogmática e Crítica: Conceitos Fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2013.

- CASTELLS, Manuel. *Communication Power*. Oxford: Oxford University Press. 2009.
- _____, *A Galáxia da Internet*. Reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade. Tradução de Maria Luiza Borges. Rio de Janeiro: Zahar. 2003.
- CHAUI, Marilena. *Simulacro e Poder*. Uma análise da mídia. São Paulo: Fundação Perseu Abramo. 2010.
- CHIAVENATO, Idalberto. *Introdução a Teoria Geral da Administração*. 7ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Elsevier. 2004.
- COHEN, Stanley. *Folk Devils and Moral Panics*. 3ª ed.. New York: Routledge. 2010.
- COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação Constitucional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 1997.
- COLOM, Antoni J. *La (des)construcción del conocimiento pedagógico*. Nuevas perspectivas en teoría de la educación Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica, 2002.
- CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Claudio. *Glosario sobre la teoría Social de Niklas Luhmann*. Tradução de Miguel Romero Perez e Carlos Villalobos, sob a direção de Javier Torres Nafarrate. México: Anthropos. 1996.
- COSTA, Emília Viotti da. *O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania*. 2ª ed. São Paulo: Ieje. 2007.
- CONDY, John. Ladra do Tempo, criada infiel. In: POPPER, Karl; CONDY, John. *Televisão: um perigo para a democracia*. Tradução de Maria Carvalho. Lisboa: Gradiva. 2012.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Introdução aos Princípios Gerais do Processo Penal Brasileiro*. Revista da Faculdade de Direito da UFPR. Curitiba: a. 30. 1998, p. 163-198.
- DEBORD, Guy. *A sociedade do espetáculo*. Tradução: Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997.
- DE GIORGI, Raffaele. Apresentação. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O direito na sociedade complexa*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva. 2011. P. 11-14.
- DELEUZE, Gilles; FOUCAULT, Michel. Os Intelectuais e o Poder. Conversa entre Michel Foucault e Gilles Deleuze. In: FOUCAULT, Michel. *Microfísica do Poder*. 21ª ed. Rio de Janeiro: Graal. 2005. P. 69-78.
- DELMANTO JÚNIOR, Roberto. *Inatividade no Processo Penal Brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2004.
- DE MASI, Domenico. (Org.) *A Economia do Ócio*. 2ª ed. Tradução de Léa Manzi. Rio de Janeiro: Sextante. 2001.
- DE SOUZA, Antonio Fernando Barros e Silva. *Denúncia*. Inquérito STF nº 2.245. 2006.
- Disponível em: http://noticias.pgr.mpf.mp.br/noticias/noticias-do-site/copy_of_pdfs/INQ%202245%20-%20denuncia%20mensalao.pdf/at_download/file

- DOSTOIÉVSKI, Fiódor. Os irmãos Karamazov. Tradução de Herculano Villas-Boas. São Paulo: Martin Claret. 2013.
- DUBÉ, Richard. En guise d'introduction générale à l'ouvrage. In: DUBÉ, Richard; GARCIA, Margarida; MACHADO, Maíra Rocha. (Org.). *La rationalité pénale moderne*. Réflexions théoriques et explorations empiriques. Ottawa: University of Ottawa Press. 2013, p. 13-14.
- DUBÉ, Richard; PIRES, Álvaro. A Refundação Da Sociedade Moderna. Tradução de Luís Cláudio Almeida Santos. Tomo. Revista do Núcleo de Pós-Graduação e Pesquisa em Ciências Sociais da Universidade Federal de Sergipe. Nº 17. Jul./dez. 2010, p. 15-37.
- DUBOIS, Philippe. *O Ato Fotográfico e Outros Ensaios*. Tradução de Marina Appenzeller. 2ª ed. Campinas: Papirus. 1998.
- DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução Luis Carlos Borges (revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios; revisão de tradução Silvana Vieira) – 2ª ed. – São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- DWORKIN, Ronald. *Talkin Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press. 1978.
- ECO, Humberto. *Da árvore ao labirinto*. Tradução de Maurício S. Dias. Rio de Janeiro: Record. 2007.
- FALCÃO, Joaquim. *Mensalão: Diário de um Julgamento*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.
- _____, “Direito, Mídia e Opinião Pública”. In: FALCÃO, Joaquim (org.). *Mensalão: Diário de um Julgamento*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 7-13.
- FALCÃO, Rui et al. *I Relatório Supremo em Números*. O Múltiplo Supremo. Rio de Janeiro: FGV, 2011.
- FELDENS, Luciano. *Direitos Fundamentais e Direito Penal*. A Constituição Penal. 2ª Ed. revista e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora. 2012.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. Teoria do Garantismo Penal. Tradução de Ana Paula Zomer; Fauzi Hassan Choukr; Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 4ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2014.
- FIORIN, José Luiz. Interdiscursividade e intertextualidade in Bakhtin. In: BRAIT, Beth. (Org.) *BAKHTIN*. Outros Conceitos-Chave. São Paulo: Contexto. 2006. P. 161-193.
- FOERSTER, Heinz von. *Understanding Understanding: Essays on Cybernetics and Cognition*. New York: Springer-Verlag. 2003.
- FOUCAULT, Michel. *Vigilar y castigar*. Nacimiento de la prisión. Tradução de Aurelio Garzón del Camino. Buenos Aires: Siglo XXI. 2003.
- FREITAS, Janio. *A imprensa no tribunal*. A ocasião é boa para dizermos, todos, quando e como a imprensa é jornalismo ou não é. Folha de São Paulo. Brasil. 2 de setembro de 2007. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/brasil/fc0209200711.htm> último acesso 23/1/2016.

GARAPON, Antoine. *Bem Julgar*. Ensaio sobre o ritual judiciário. Tradução de P.F. Henriques. Lisboa: Instituto Piaget. 1997.

_____, *O Juiz e a democracia*. O guardião das promessas. Tradução de M.L.Carvalho. Rio de Janeiro: Editora Revan. 1996.

GARCIA AMADO, Juan Antonio. *A Sociedade e o Direito na obra de Niklas Luhmann*. Tradução de Flavio Elias Riche. In: ARNAUD, Adre-Jean, LOPES Jr., Dalmir (Org.) Niklas Luhmann: Do Sistema Social à Sociologia Jurídica. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2004, p. 301-344.

GARCIA, Margarida. La théorie de la rationalité pénale moderne: un cadre d'observation, d'organisation et de description des idées propres au système de droit criminel. In: DUBÉ, Richard; GARCIA, Margarida; MACHADO, Maíra Rocha. (Org.) *La rationalité pénale moderne*. Réflexions théoriques et explorations empiriques. Ottawa: University of Ottawa Press. 2013. p. 37-72.

GARCIA, Othon Moacyr. *Comunicação em prosa moderna*: aprender a escrever, aprendendo a pensar. 21ª ed. Rio de Janeiro. 2002.

GARLAND, David. *La cultura del control*. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea. Tradução de Máximo Sozzo. Barcelona: Gedisa. 2005.

GIRARD, René. *La violencia y lo sagrado*. 4ª ed. Tradução de Joaquín Jordá. Barcelona: Anagrama. 2005.

GOMES, Luiz Flávio; ALMEIDA, Débora de Souza. *Populismo penal midiático*. Caso mensalão, mídia disruptiva e Direito Penal crítico. São Paulo: Editora Saraiva. 2013.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades Públicas e processo penal*: as interceptações telefônicas. Rio de Janeiro: Saraiva. 1976.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Potência crítica da ideia de direito como um sistema social autopoietico na sociedade mundial contemporânea. In: SCHWARTZ, Germano (Org.). *Judicialização das esferas sociais e fragmentação do direito na sociedade contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2012. p. 59-83.

GUGLIELMI, Anna. *A Linguagem secreta do corpo*. A comunicação não verbal. Tradução de Denise J. Duarte. 2ª ed. Petrópolis: Vozes. 2010.

HAMILTON, William. *Lectures on Metaphysics and Logic*. Vol. I. Londres: William Blackwood and Sons. 1859.

HAN, Byung-Chul, *La sociedad de la transparencia*. Barcelona: Editorial / publishing company Herder, 2013.

HERMAN, Edward S.; Chomsky, Noam. *A manipulação do público*. Política e poder econômico no uso da mídia. Tradução de Bazán Tec. São Paulo: Futura, 2003.

IZUZQUIZA, Ignacio. *La Sociedad sin Hombres*. Niklas Luhmann o la teoría como escándalo. 2ª ed. Barcelona: Antropos Editorial. 2008.

KARAM, Maria Lúcia. *Escritos sobre a liberdade*. Vol. 1. Recuperar o desejo da liberdade e conter o poder punitivo. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2009.

LAFARGUE, Paul. O Direito ao Ócio. Tradução de Carlos Irineu W. da Costa. In: DE MASI, Domenico. (Org.) *A Economia do Ócio*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Sextante. 2001. p. 139-183.

LEITE, Paulo Moreira. *A outra história do mensalão*. As contradições de um julgamento político. São Paulo: Geração Editorial. 2013.

LEITE, Alaor. Erro, Causas de Justificação e Causas de Exculpação no Novo Projeto de Código Penal (Projeto de Lei 236/2012 do Senado Federal). *Revista Liberdades*. Edição especial. Reforma do Código Penal. São Paulo: IBCCRIM. 2012.

LIPOVETSKY, Gilles; SERROY, Jean. *A Estetização do Mundo*. Viver na era do capitalismo artista. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Companhia das Letras. 2015.

LLOSA, Mario Vargas. *A civilização do espetáculo*. Uma radiografia do nosso tempo e da nossa cultura. Tradução Evone Benedetti. Rio de Janeiro: Objetiva. 2013.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

LOPES JR, Dalmir. Introdução. In: ARNAUD, André-Jean; LOPES JR., Dalmir. *Niklas Luhmann: Do Sistema Social à Sociologia Jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2004. P. 1-30.

LUHMANN, Niklas. *La Sociedad de la Sociedad*. Tradução de Javier Torres Nafarrate. México: Herder. 2007.

_____, «Operational Closure and structural Coupling: The Differentiation of the Legal System». New York: *Cardoso Law Review*, 13, 1992, pp. 1419-1441.

_____, *Sociologia do Direito*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. Vol. I e II. 1983.

_____, *Ecological communication*. Tradução de John Bednarz Jr. Chicago: The University of Chicago Press. 1989.

_____, A função dos tribunais no sistema jurídico. Tradução de Peter Naumann. Porto Alegre: *Revista Ajuris*. Nº 49 – Julio/1990, p. 150-168.

_____, Essays on self-reference. New York: *Columbia University Press*. 1990. (1990a)

_____, Deconstruction as Second-Order Observing. Baltimore: *New Literary History*, Vol. 24, No. 4, Papers from the Commonwealth Center for Literary and Cultural Change (Autumn, 1993), p. 763-782.

_____, *Teoría política en el Estado de Bienestar*. Tradução de Fernando Vallespín. Madrid: Alianza Editorial. 1993. (1993a)

- _____, *Sistemas Sociales*: lineamientos para una teoría general. Tradução de Silvia Pappe e Brunhilde Erker sob a Coordenação de Javier Torres Nafarrate. México: Anthropos Editorial. 1998.
- _____, *Prefácio*. In: CORSI, Giacarlo; ESPOSITO; BARALDI, (Org.). *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*. Guadalajara: Antropos, 1996, p. 11-13.
- _____, *Sociedad y sistema*: la ambición de la teoría. Tradução de Santiago L. Petit et al. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica. 1997.
- _____, *Por que uma “Teoria dos Sistemas”?* In: NEVES, Clarissa Eckert Naeta; SANTOS, Eva Machado Barbosa. (Org.). *Niklas Luhmann: a nova Teoria dos Sistemas*. Porto Alegre: Ed. Universidade UFRGS. 1997. (1997a)
- _____, O conceito de sociedade. In: NEVES, Clarissa Eckert Baeta; SAMIOS, Eva Machado Barbosa (org.). *Niklas Luhmann: a nova Teoria dos Sistemas*. Porto Alegre: Ed. Universidade/UFRGS, GoetheInstitut/ICBA, 1997. (1997b)
- _____, *“Complejidad y Modernidad: de la unidad a la diferencia”*. Tradução de Josetxo Beriain y J.M.García Blanco. Madrid: Editorial Trotta. 1998.
- _____, A restituição do décimo segundo camelo: do Sentido de uma Análise Sociológica do Direito. Tradução de Dalmir Lopes Junior. In: ARNAUD, André-Jean; LOPES JR., Dalmir. *Niklas Luhmann: Do Sistema Social à Sociologia Jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2004. P. 33-107.
- _____, *A realidade dos meios de comunicação*. Tradução de Ciro Marcondes Filho. São Paulo: Paulus. 2005.
- _____, *El Derecho como Sistema social*. Tradução de Carlos Gómez-jara Díez. In: DÍEZ, Carlos Gómez-Jara. (org.). *Teoría de Sistemas y Derecho Penal*. Fundamentos y posibilidades de aplicación. Granada: Editorial Comares. 2005a, p. 69-85.
- _____, *A improbabilidade da comunicação*. Tradução de Anabela Carvalho. 4ª ed. Lisboa: Vega, 2006.
- _____, *System as difference*. Tradução de Peter Gilgen. London: *Organization*. Jan. 2006, vol. 13, 1, p. 37-57. (2006a)
- _____, O conceito de sociedade. In: NEVES, Clarissa Eckert Baeta; SAMIOS, Eva Machado Barbosa (org.). *Niklas Luhmann: a nova Teoria dos Sistemas*. Porto Alegre: Ed. Universidade/UFRGS, GoetheInstitut/ICBA, 1997.
- _____, *A Constituição como Aquisição Evolutiva*. Tradução de Menelick de Carvalho Netto. Texto sem revisão e para uso acadêmico. 2003.
- _____, *El derecho de la sociedad*. Tradução de Javier Torres Nafarrate. Mexico: Universidad Iberoamericana. 2002.

- _____, *Organización y decisión*. Tradução de Darío Rodrigues Mansilla. Mexico: Universidad Iberoamericana. 2010.
- _____, *Los Derechos Fundamentales como Institución: Aportación a la Sociología Política*. Tradução de Javier Torres Nafarrate. Mexico: Universidad Iberoamericana. 2010. (2010a)
- _____, *Introdução à Teoria dos Sistemas*. Aulas publicadas por Javier Torres Nafarrate. Tradução de Ana Cristina Arantes Nasser. 3ª ed. Petrópolis: Editora Vozes. 2011.
- LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Raffaele. *Teoria della società*. Milão: Franco Angeli. 13ª ed. 2008.
- LYRA FILHO, Roberto. Prefácio à 1ª Edição de Compêndio de Direito Penal - Parte Geral. In: LYRA FILHO, Roberto; CERNICCHIARO, Luiz Vicente. *Compêndio de Direito Penal - Parte Geral*. São Paulo: José Bushatsky Editor. 1972, p. 13-17.
- LYRA FILHO, Roberto; CERNICCHIARO, Luiz Vicente. *Compendio de Direito Penal*. Parte Geral. São Paulo: José Bushatsky Editor. 1973.
- MACHADO, Bruno Amaral. *Justiça Criminal: diferenciação funcional, interações organizacionais e decisões*. São Paulo: Marcial Pons Editora do Brasil. 2014.
- _____, Racionalidad jurídica y campo mediático en el discurso de fiscales. *Revista de Derecho Penal y Criminología*. Buenos Aires: La Ley. 2012, p. 117-139.
- _____, A diferenciação interna do subsistema Jurídico-Penal: História, Organizações e Trajetórias. *Revista de Estudos Criminais*. Vol. 52. Jan.Mar./2014, p. 81-113. (2014a)
- _____, A Cor Púrpura: Imagens e discursos sobre a violência e a discriminação no sul dos Estados Unidos. In: MACHADO, Bruno Amaral; ZACKSESKI, Cristina; DUARTE, Evandro Piza. (Coord.). *Criminologia e Cinema: narrativas sobre a violência*. São Paulo: Marcial Pons. 2016. P. 35-52
- MAGALDI, Sábado. *Iniciación ao Teatro*. São Paulo: Editora Ática. 1986.
- MANGABEIRA, João. Rui – *O Estadista da República*. Brasília: Senado Federal. 1999.
- MANSILLA, Darío Rodrigues. Introducción: La Teoría como Pasión. In: LUHMANN, Niklas. *Organización y decisión*. Tradução de Darío Rodrigues M. Mexico: Editorial Herder. 2010.
- _____, Presentación a la edición en castellano: La sociología y la teoría de la sociedad. In: LUHMANN, Niklas. *La Sociedad de la Sociedad*. Tradução de Javier Torres Nafarrate. México: Herder. 2006. p. IV-XXII.
- MARINHO, Inezil Penna. *Grandes Julgamentos da Grécia Antiga*. Aspásia, Sócrates e Frinéia. Organização Judiciária de Atenas e Noções de Direito Processual Ateniense. Brasília: Horizonte Editora. 1978.
- MARTINS, Gilberto de Andrade; THEÓPHILO, Carlos Renato. *Metodologia da Investigação científica para ciências sociais aplicadas*. 2ª ed. São Paulo: Editora Atlas. 2009.

- MASLOW, Abraham Harold. *The Psychology of Science: a reconnaissance*. Chicago: Henry Regnery, 1970.
- MATURANA R., Humberto. *La realidad: ¿objetiva o construida?* Introducción de Javier Torres Nafarrate. Barcelona: Anthropos. 1995.
- _____, *Autopoiesis, Structural Coupling and Cognition*: A history of these and other notions in the biology of cognition. *Cybernetics & Human Knowing*, Vol. 9, Nº 3-4, 2002, p. 5-34.
- MATURANA R.; HUMBERTO VARELA G., FRANCISCO J. *De Máquinas y seres vivos*. Autopoiesis: la organización de lo vivo. 5ª ed. Santiago: Editorial Universitaria. 1998.
- _____, *El Árbol del Conocimiento*. Las bases biológicas del entendimiento humano. Buenos Aires: Lumen. 2003.
- MAUS, Ingeborg. *Judiciário como Superego da Sociedade: O Papel da Atividade Jurisprudencial na “Sociedade Órfã”*. Tradução de Martonio Lima e Paulo Albuquerque. *Novos Estudos*. Nº 58, São Paulo: Cebrap, novembro de 2000, p. 190-192.
- MELOSSI, Darío. *El Estado del control social*. Tradução de Martín M. Ubasart. Madrid: Siglo veintiuno editores. 1992.
- MENDONÇA, Eduardo; BARROSO, Luís Roberto; “*STF entre seus papéis contramajoritário e representativo*” Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-jan-03/retrospectiva-2012-stf-entre-papeis-contramajoritario-representativo>
- MEREU, Italo. *Storia dell'intolleranza in Europa*. Sospettare e punire: il sospetto e l'Inquisizione romana nell'epoca di Galilei. Milão: Mondadori. 1979.
- _____, *A morte como pena: ensaio sobre a violência legal*. Tradução Cristina Sarteschi. São Paulo: Martins Fontes. 2005.
- MERTON, Robert K. The Unanticipated consequences of purposive social action. *American Sociological Review*. Vol. 1, Issue 6, Dec., 1936, pp. 894-904.
- _____, *Social Theory and Social Structure*. New York: Free Press, 1968.
- MODERNO, João Ricardo. Estética da Comédia. A tragédia, a verdade e a contradição. Prefácio à obra Comédia – A arte da irreverência. VASCONCELOS, Anselmo; ALVES, Raquel Vilella. Rio de Janeiro: Editora Lacre. 2012, p. 17-18.
- MORA, José Ferrater. *Diccionario de Filosofía*. Tomo I. 5ª ed. Buenos Aires: Editorial Sudamericana. 1975.
- MORAN, José Manuel. Vídeo na sala de aula. *Revista Comunicação & Educação*. São Paulo: Ed. Moderna, p. 27-35, jan./abr. de 1995.
- MORETZSOHN, Sylvia Debossan. *Mídia e Sistema Penal: O Senso Comum Criminológico e as Dificuldades de um Discurso à Contracorrente*. In: OLIVEIRA, Rafael Santos de; BUDÓ, Marília De Nardin. (Org.). *Mídias e Direitos da Sociedade em Rede*. Ijuí: Editora Unijuí. 2013, p. 65-95.

_____, *Jornalismo e Criminologia: o esforço de pensar contra os fatos*. In: FERNANDES, Márcia A.; PEDRINHA, Roberta D. (Org.) *Escritos Transdisciplinares de Criminologia, Direito e processo Penal: Homenagem aos Mestres Vera Malaguti e Nilo Batista*. Rio de Janeiro: Editora Revan. 2014, p. 1009-1022.

MONTEAGUDO, Jorge Galindo. III. La Teoría Sistémica de la Sociedad de Niklas Luhmann: Alcances y Límites. In: LUHMANN, Niklas. *La Sociedad de la Sociedad*. Tradução de Javier Torres Nafarrate. México: Herder. 2007. p. XXIII-XLV.

NEVES, Clarissa Eckert. Baeta; NEVES, Fabrício Monteiro. O que há de complexo no mundo complexo? Niklas Luhmann e a teoria dos sistemas sociais. *Sociologias*, Porto Alegre, ano 8, n. 15, p. 182-207, jan./jun. 2006.

NEVES, Clarissa Eckert Baeta. Niklas Luhmann e sua obra. In: NEVES, Clarissa E. Baeta; SAMIOS, Eva Machado Barbosa (Org.). *Niklas Luhmann: a nova teoria dos sistemas*. Porto Alegre: Ed. da UFRGS, 1997. p. 9-17.

_____, Prefácio. In: RODRIGUES, Leo Peixoto; NEVES, Fabrício Monteiro. *Niklas Luhmann: A sociedade como sistema*. Porto Alegre: EDIPUCRS. 2012. p. 7-11.

NOBLES, Richard; SCHIFF, David. *A Story of Miscarriage: Law in the Media*. Journal of Law and Society. Vol. 31, nº 2, jun.2004, p. 221-244.

NOELLE-NEUMANN, Elisabeth; PETERSEN, Thomas, The Spiral of Silence and the Social Nature of Man. In: KAID, Lynda Lee. (Ed.) *Handbook of Political Communication Research*. Florida: Lawrence Erlbaum Associates, 2004.

NUNOMURA, Eduardo Yoshio. *O mensalão impresso*. O escândalo político-midiático do governo Lula nas páginas de Folha e Veja. 2012. 210 f. Dissertação (Mestrado em comunicação). Escola de Comunicações e Artes, Universidade de São Paulo. São Paulo. 2012.

OROZ, Silvia. *Melodrama: o cinema de lágrimas da América Latina*. Rio de Janeiro: Funarte. 1999.

PEDRINA, Gustavo Mascarenhas Lacerda. *AP 470*. Análise da intervenção da mídia no julgamento do mensalão a partir de entrevistas com a defesa. Prefácio de Dalmo de Abreu Dalari. São Paulo: LiberArs. 2013.

PEREIRA, Merval. *Mensalão*. O dia a dia do mais importante julgamento da história política do Brasil. São Paulo: Record. 2013.

PERELMAN, Chaïm. OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação*. A nova retórica. Tradução de Maria E.A.P.Galvão. São Paulo: Martins Fontes. 2005.

_____, *Lógica Jurídica*. Tradução de Vergínia K.Pupi. São Paulo: Martins Fontes. 2000.

PIERSON, Donald. Sociologia, os costumes e o Direito. In: _____, *Teoria e Pesquisa em Sociologia*. Edições Melhoramento. São Paulo. 13ª. Ed.. 1971.

PINTO, Virgílio Noya. *Comunicação e Cultura Brasileira*. 5ª Ed. São Paulo: Editora Átila. 2002.

PIRES, Álvaro. A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos. *Novos Estudos*. São Paulo: Cebrap, nº 68, 2004, p. 39-60.

_____, La rationalité pénale moderne, la société du risque et la juridicisation de l'opinion publique". *Sociologie et sociétés*, vol. 33, Nº 1, printemps 2001, p. 179-204. Montréal: Les Presses de l'Université de Montréal.

_____, La "línea Maginot" en el derecho penal: la protección contra el crimen versus la protección contra el príncipe. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Vol. 46, jan.-fev. 2004(a). Editora RT, p. 11-45.

_____, Sobre algumas questões epistemológicas de uma metodologia geral para as ciências sociais. Tradução de Ana Cristina A. Nasser. In: POUPART, Jean et al. *A pesquisa qualitativa*. Enfoques epistemológicos e metodológicos. 4ª ed. Tradução de Ana Cristina Arantes Nasser. Petrópolis: Editora Vozes. 2014. p. 43-94.

_____, "Beccaria, l'utilitarisme et la rationalité pénale moderne". In: DEBUYST, Christian; DIGNEFFE, Françoise; LABADIE, JeanMichel; PIRES, Álvaro. *Histoire des savoirs sur le crime et la peine*. Tome II: La rationalité pénale et la naissance de la criminologie. Montreal: Les Presses de l'Université de Montréal, Les Presses de l'Université d'Ottawa, De Boeck Université. 1998, pp. 83-143.

_____, "Introduction. Les peines radicales: construction et 'invisibilisation' d'un paradoxe". In: MEREU, Italo. *La mort comme peine*. Essai sur la violence légale. Trad. Madeleine Rossi. Bruxelles: Larcier, 2012. Introdução, p. 7-47.

PLATÃO. *A República*. Tradução de Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret. 2001.

POPPER, Karl; CONDRY, John. *Televisão: um perigo para a democracia*. Tradução de Maria Carvalho. Lisboa: Gradiva. 2012.

POSSAS, Mariana Thorstensen. A lei contra a tortura no Brasil, a construção do conceito de 'crime de lesa-humanidade' e os paradoxos da punição criminal. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*. Vol. 3, nº 1. Jan. 2016, p. 98-112.

POSSAS, Mariana; CARVALHO, Denise, ASTOLFI, Roberta; MONTEIRO, Silvana. Monitoramento de violações de direitos humanos e o problema da seleção de direitos: reflexões sobre limites da teoria de direitos humanos. *Revista Contemporânea*. v. 2, n. 1 Jan.-Jun., 2012, p. 109.

POUPART, Jean et al. *A pesquisa qualitativa*. Enfoques epistemológicos e metodológicos. 4ª ed. Tradução de Ana Cristina Arantes Nasser. Petrópolis: Editora Vozes. 2014.

RAMONET, Ignacio. *A Tirania da Comunicação*. Tradução de Lúcia Mathilde Endlich Orth. 2ª ed. Petrópolis: Editora Vozes. 2001.

- RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 11ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2006.
- RODRIGUES, Darío. Introducción. La teoría como pasión. In: LUHMANN, Niklas. *Organización y decisión*. Tradução de Darío Rodrigues M. México: Herder. 2010.
- _____, *Gestión organizacional*: Elementos para su estudio. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2001.
- RODRIGUES, Leda Boechart. *História do Supremo Tribunal Federal*: Defesa das Liberdades Cívicas (1891-1898). Vol. I. 2ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira. 1991.
- _____, *História do Supremo Tribunal Federal*. Defesa do Federalismo (1899-1910). Vol. II. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira. 1991.
- _____, *História do Supremo Tribunal Federal*. Doutrina Brasileira do Habeas Corpus (1910-1926). Vol. III. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira. 1991.
- RODRIGUES, Leo Peixoto; NEVES, Fabrício Monteiro. *Niklas Luhmann: A sociedade como sistema*. Porto Alegre: EDIPUCRS. 2012.
- RODRIGUES, Malena Rehbein. Agendando o Congresso Nacional: do agenda-setting à crise da democracia representativa, in MOTTA, Luiz Gonzaga. *Imprensa e Poder*. Brasília: Editora UnB. 2002, p. 103-123.
- ROSA, Alexandre Moraes da, Processo Penal do espetáculo, In: _____, *Cultura da Punição: a ostentação do horror*. 2ª. Ed. Florianópolis: Empório do Direito. 2015, p. 216-220.
- ROSENFELD, Anatol. *O Teatro Épico*. São Paulo: Editora Perspectiva. 1985.
- ROSS, Lillian. *Filme – Um retrato de Hollywood*. Tradução de Pedro M. Soares. Apresentação de Matinas Suzuki Jr., São Paulo: Companhia das Letras, 2005.
- ROUDINESCO, Elisabeth. A parte obscura de nós mesmos. Uma história dos perversos. Tradução de André Telles. Rio de Janeiro: Zahar. 2008.
- RUSSELL, Bertrand. *Ensaaios céticos*. Tradução de Marisa Motta. Porto Alegre: L&PM Editores. 2014.
- _____, O Elogio ao Ócio. Tradução de Pedro Jorgensen Junior. In: DE MASI, Domenico. (Org.) *A Economia do Ócio*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Sextante. 2001. p. 49-137.
- SAAD-DINIZ, Eduardo. Posfácio. Notas sobre a intervenção da mídia no livre convencimento e o papel do “novo defensor penal”. In: PEDRINA, Gustavo Mascarenhas Lacerda. *AP 470 – Análise da intervenção da mídia no julgamento do mensalão a partir de entrevistas com a defesa*. São Paulo: Editora LiberArs. 2013, p. 255-275.
- SANTAELLA, Lucia. *Culturas e artes do pós-humano*. Da cultura das mídias à cibercultura. São Paulo: Paulus. 2003.
- _____, *Navegar no ciberespaço*. O perfil cognitivo do leitor imersivo. São Paulo: Paulus. 2004.
- _____, *Temas e dilemas do pós-digital*. A voz da política. São Paulo: Paulus. 2016.

SANTOS, Boaventura Sousa. O discurso e o poder. Ensaios sobre a sociologia retórica Jurídica. Porto Alegre: SAFE, 1988.

SANTOS, Juarez Cirino. Reflexões críticas sobre a instrução criminal. Disponível em: Disponível em: <http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2014/02/Reflex%C3%B5es-Cr%C3%ADticas-sobre-a-Instru%C3%A7%C3%A3o-Criminal.pdf> último acesso 15/11/2015.

SCHRITZMEYER, Ana Lúcia Pastore. Afetos em jogo nos Tribunais do Júri. *São Paulo em Perspectiva*. V. 21, nº 2, p. 70-79, jul./dez. 2007.

_____, Etnografia dissonante dos tribunais do júri. *Tempo Social*, revista de sociologia da USP. V. 19, nº 2, p. 111-129, nov. 2007.

SCHWARTZENBERG, Roger-Gérard. *O Estado Espetáculo*. Ensaio sobre e contra o *Star System* em política. Tradução de Heloysa de Lima Dantas. São Paulo: Círculo do Livro S/A. 1977.

SILVA, Artur Stamford. Teoria reflexiva da decisão jurídica: observações a partir da teoria dos sistemas que observam. In: SCHWARTZ, Germano (ORG.). *Juridicização das Esferas Sociais e Fragmentação do Direito na Sociedade Contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SOUZA, Artur César de. *A decisão do juiz e a influência da mídia*. Ineficácia da prova divulgada pelos meios de comunicação para o processo penal e civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2010.

SPENCER-BROWN, G. *Laws of Form*. New York: E.R Dutton. 1979.

SUMNER, William Graham. *Folkways*. Estudo sociológico dos costumes. Tradução de Lavínia Costa Villela. Livraria Martins editora S.A., São Paulo. 1950.

SUTCLIFFE, Arthur. *Ciência – História e Realidade*. Tradução de José Reis. São Paulo: Editora IBRASA. 1976.

TEDESCO, Ignacio F. *El acusado en el ritual judicial*. Ficción e imagen cultural. Buenos Aires: Ediciones Del Puerto. 2007.

_____, El ritual judicial penal. Hacia una teoría sociojurídica del enjuiciamiento penal. *Nuevos Paradigmas de las Ciencias Sociales Latinoamericanas*. Vol. 1, nº 1, Enero-Julio 2010. p. 17-58.

TERRA, José Maria Terra; CARVALHO, Thiago Fabres de. *Justiça Paralela - criminologia crítica, pluralismo jurídico e (sub)cidadania em uma favela do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2015.

TEUBNER, Gunther. *O direito como sistema autopoiético*. Tradução de José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 1989.

_____, Pour une épistémologie constructiviste du droit. Tradução de Nathalie Boucquey. *Droit et Sciences Sociales*. Nov.-Déc. 1992, nº 6, p. 1149-1169.

- THOMPSON, John B. *O Escândalo Político: poder e visibilidade na era da mídia*. Tradução de Pedrinho A. Grareschi. Petrópolis: Vozes. 2002.
- _____, *A mídia e a modernidade*. Uma teoria social da mídia. Tradução de Wagner O. Brandão. 12ª ed. Petrópolis: Vozes. 2011.
- _____, *Ideologia e Cultura Moderna*. Teoria social crítica na era dos meios de comunicação de massa. Tradução de Carmen Grisci et al. 6ª ed. Petrópolis: Vozes. 1995.
- TOOBIN, Jeffrey. *The Nine: Inside the Secret World of the Supreme Court*. New York: First Anchor Books Edition, 2008.
- TRAQUINA, Nelson. *O estudo do jornalismo no século xx*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2001.
- TRINDADE, André Fenando dos Reis. *Para entender Luhmann e o direito como sistema autopoiético*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2008.
- VIANA, Ulisses Schwarz. *Repercussão Geral sob a ótica da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann*. 2ª. Ed. São Paulo: Saraiva. 2011.
- VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal*. Jurisprudência Política. 2ª edição. São Paulo: Malheiros. 2002.
- _____, *A constituição como reserva de justiça*. In Lua Nova — Revista de Cultura e Política, nº 42, São Paulo: CEDEC Centro de Estudos de Cultura Contemporânea, 1997.
- WEBER, Max. A ciência como vocação. In: Weber, Max. *Ensaio de Sociologia*. 5ª ed. Tradução de Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: LTC — Livros Técnicos e Científicos Editora. 1982.
- WEIL, Pierre. TOMPAKOW, Roland. *O corpo Fala*. A linguagem silenciosa da comunicação não verbal. 67ª ed. Petrópolis: Editora Vozes. 2010.
- XAVIER, José Roberto Franco. O caso TRT na mídia: Sistema de Direito Criminal e opinião pública. In: MACHADO, Máira Rocha; FERREIRA, Luisa M. Abreu. *Estudos sobre o caso TRT*. São Paulo: Direito GV. 2014.
- _____, *La réception de l'opinion publique par le système de droit criminel*. 2012. 372 f. Tese (Doutorado em Criminologia). Département de criminologie. Faculté des sciences sociales. Université d'Ottawa. Ottawa, Canadá. 2012.
- _____, O Sistema de direito criminal e a racionalidade penal moderna: ilustrações empíricas de dificuldades cognitivas em matéria penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Ano 18. Nº 84. Maio-jun./2010, p. 271-311.
- YOUNG, Jock. *The Exclusive Society. Social Exclusion*. Crime and Difference in Late Modernity. Londres: SAGE Publications. 1999.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *A palavra dos mortos: conferências de criminologia cautelar*. São Paulo: Saraiva, 2012.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *Principios y votos*. El Tribunal Constitucional y la política. Trad. Manuel Martínez Neira. Madrid: editorial Trotta. 2008.

ZIZEK, Slavoj. O espectro da ideologia. In: Zizek, Slavoj (org.) *Um mapa da ideologia*. Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Contraponto. 1999.

Outras Fontes:

Jornais

Folha de São Paulo <http://www1.folha.uol.com.br>

O Estado de São Paulo <http://brasil.estadao.com.br>

Programas de Televisão

Direto do Plenário <http://www.tvjustica.jus.br>

Iluminuras <http://http://www.tvjustica.jus.br/iluminuras>

Sites

Supremo Tribunal Federal <http://www.stf.jus.br> e http://intranet/sistema_consulta

Revista Consultor Jurídico <http://s.conjur.com.br>

Procuradoria-Geral da República <http://www.mpf.mp.br>

<http://www.redetv.uol.com.br/tepegueinatv/busca/?q=teste%20fidelidade>

<http://www.conjur.com.br/2015-jun-12/entrevista-marco-aurelio-ministro-supremo-tribunal-federal?>

http://www.ddooss.org/articulos/entrevistas/Niklas_Luhmann.htm

http://www.ces.uc.pt/misc/Do_pos-moderno_ao_pos-colonial.pdf

<http://www.conjur.com.br/2012-ago-05/entrevista-jose-carlos-moreira-alves-inistroaposentado-stf?imprimir=1>

<http://scdb.wustl.edu/about.php>

<http://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,lei-da-ficha-limpa-poe-em-risco-o-estado-de-direito-imp-,589608>

http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=6596F98D1BCF74799960AD3123AC95B1.proposicoesWeb1?codteor=1214815&filename=PL+7004/2013

<http://jornalggn.com.br/noticia/as-transmissoes-ao-vivo-do-stf-por-dalmo-dallari>

<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/poder/149244-transmissao-de-sesoes-do-stf-afeta-julgamentos-diz-barbosa.shtml>

<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2014/01/1402581-superexposicao-contamina-julgamentos-no-stf-diz-barbosa.shtml>

<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz0205200908.htm>

<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz0205200909.htm>

<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/84897>

<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/84897/RelatorioFinalVol2.pdf?sequence=1>

<http://observatorioidaimprensa.com.br/>

http://www.ddooss.org/articulos/entrevistas/Niklas_Luhmann.htm

<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=11541>

<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/brasil/fc3008200702.htm>

http://www.conjur.com.br/2007-ago-30/lewandowski_afirma_stf_votou_faca_pescoco

http://www1.folha.uol.com.br/poder/poderepolitica/ricardo_lewandowski.shtml

<http://jornalggn.com.br/blog/luisnassif/gurgel-espera-que-mensalao-influencie-eleicoes?page=1>

<http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/renan-calheiros-e-absolvido-em-sessao-secreta-do-senado-an2uuvy7emazrg4usl02r0m6m>

<http://observatorioidaimprensa.com.br/feitos-desfeitos/folha-de-s-paulo-34640/>

http://www1.folha.uol.com.br/poder/poderepolitica/ricardo_lewandowski.shtml

<http://www2.stf.jus.br/portal/StfInternacional/cms/destaquesNewsletter.php?sigla=newsletterPortalInternacionalNoticias&idConteudo=214544>

<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/ilustrada/130869-monica-bergamo.shtml>

<http://mais.uol.com.br/view/1575mnadmj5c/relator-do-mensalao-discute-e-acusa-advogado-de-ofender-stf->

[0402CC9A3066C0913326?types=A&](#)
<http://doctela.com.br/webdoc/descubra-o-que-e-webdocumentario/#sthash.c9HSSQ4q.dpuf>
http://www.supremecourt.gov/oral_arguments/argument_audio.aspx
<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,suprema-corte-americana-e-um-mundo-secreto-e-a-brasileira-e-um-reality-show,1065703>

Fotos e imagens

<http://apogeudoabismo.blogspot.com.br/2012/06/menina-que-simboliza-guerra-do-vietna.html>.
https://www.youtube.com/watch?v=Z66H_iKcf9U
<https://www.youtube.com/watch?v=jx-3BobRIB8>
<https://www.youtube.com/watch?v=z0C7ur6tE7w>
<https://www.youtube.com/watch?v=HNoQJ4f1mJY>
<https://www.youtube.com/watch?v=rMz5DZ0wWbs>
<https://www.youtube.com/watch?v=MwAWRukWEg8>
<http://www.gallery.ca/en/see/collections/artwork.php?mkey=7852>
<https://p2.trrsf.com/image/fget/cf/460/0/img.terra.com.br/i/2012/09/17/2557418-7702-rec.jpg>

ANEXOS

TABELAS

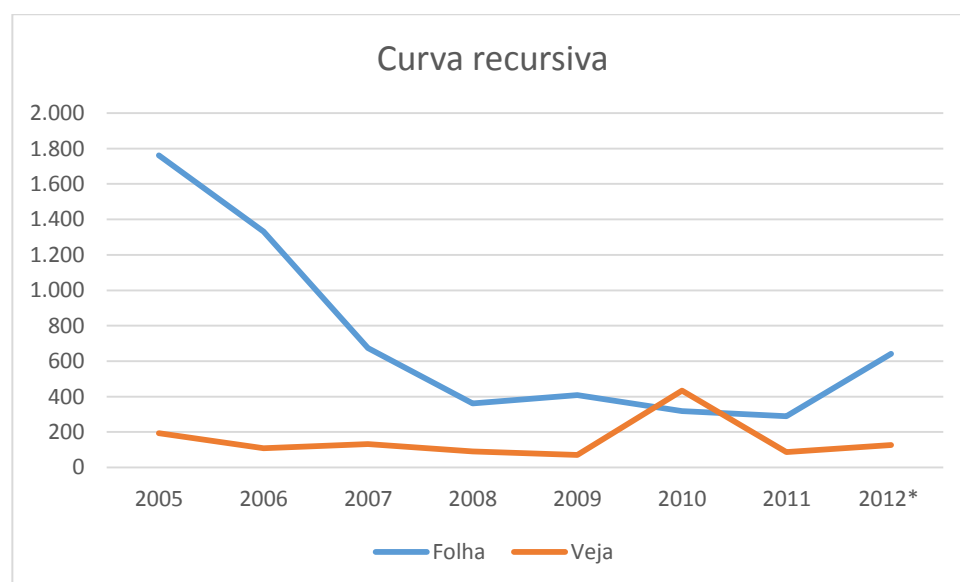
Tabela 2.1 - Incidência da palavra mensalão em Folha e Veja (2003-2012)

Meio	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012*
Folha	1.761	1.332	674	361	409	318	289	641
Veja	194	108	132	91	71	434	86	127

* até 13 de agosto

GRÁFICOS

Gráfico 1 – Curva Recursiva.



QUADROS**QUADRO 1*****CORPUS***

Plenário				
Processo	Réu	Questão	Tempo	FLS
Ação Penal 409-CE	Dep. Federal José Gerardo O. de Arruda Filho (PMDB-CE)	Crime de responsabilidade, inciso IV do artigo 1º do Decreto-lei 201/67 - que define como crime de responsabilidade “empregar subvenções, auxílios, empréstimos ou recursos de qualquer natureza em desacordo com os planos ou programas a que se destinam”	22h49’48”	109
Ação Penal 516	Dep. Federal José Fuscaldi Cesílio - “José Tatico” (PTB-GO)	Crimes de sonegação de contribuição previdenciária e apropriação indébita previdenciária	22h26’02”	133
Ação Penal 396	Dep. Federal Natan Donadon (PMDB-RO)	Formação de quadrilha (artigo 288 do Código Penal – CP) e peculato (312 do CP)	2h21’40”	152
Ação Penal 481	Dep. Federal Asdrúbal Bentes (PMDB-PA)	Crime de esterilização cirúrgica irregular, previsto na Lei de Planejamento Familiar (artigo 15 da Lei 9.263/1996)	43’40”	247
AP 470	Dep. Federais: Roberto Jefferson (PTB – RJ), José Dirceu (PT-SP), etc	Formação de quadrilha, lavagem de dinheiro, peculato etc.	196h	8405

Processos a serem confrontados, julgados a partir de junho de 2014 pelas Turmas:

Primeira Turma				
Processo	Réu	Questão Criminal	Tempo	FLS
AP 559	Dep. Federal João Paulo Lima (PT-PE)	Contratar empresa de consultoria sem observar a Lei das Licitações.	14'07"	85
AP 530	Dep. Federal Marçal Filho (PMDB-MS)	Falsidade ideológica.	3h25'53"	85
AP 404	Dep. Federal Ademir Camilo (PROS-MG)	Reconhecida a prescrição da pretensão punitiva crime de falsidade ideológica	24'38"	24
AP 611	Dep. Federal Bernardo de Vasconcellos Moreira (PR-MG)	Absolvição do crime ambiental pela aquisição de carvão vegetal com notas fiscais falsas e de formação de quadrilha	1h34'20"	96
AP 497	Dep. Federal Cleber Verde (PRB-MA)	Absolvição dos crimes de peculato e de formação de quadrilha	4'21'	8
AP 678	Dep. Federal Weverton Rocha (PDT-MA)	Absolvição do crime de peculato por falta de provas	22'22"	46
AP 595	Dep. Federal Marco Tebaldi (PSDB-SC)	Absolvição da acusação de crime de responsabilidade.	46'53"	53
AP 521	Dep. Federal Jefferson Campos (PSD-SP)	Absolvição da acusação de envolvimento com a chamada "máfia dos sanguessugas"	43'59"	22 *
AP 523	Dep. Federal Fernando Marroni (PT-RS)	Absolvição da acusação de dispensa indevida de licitação	23'44"	29
AP 347	Dep. Federal Aníbal Gomes (PMDB-CE)	Absolvição (o réu e outros três denunciados) da acusação de fraudes financeiras quando era prefeito de Acaraú (CE) em 1992	1h2'46"	35

*só foi disponibilizada a ementa e o extrato da ata.

Segunda Turma				
Processo	Réu	Questão Criminal	Tempo	FLS
AP 858	Dep. Federal Eduardo Cunha (PMDB-RJ)	Absolvição do crime de uso de documento falso	1h38'57"	26

AP 563	Dep. Federal Protógenes Queiroz (PCdoB-SP)	Violação do sigilo funcional qualificada	1h46'33"	83*
AP 572	Dep. Federal Francisco Vieira Sampaio "Chico das Verduras" (PRP-RR)	Corromper uma servidora do cartório eleitoral para que ela entregasse títulos eleitorais em branco na campanha	12'07"	26
AP 556	Dep. Federal Marco Tebaldi (PSDB-SC)	Desvio de dinheiro público (extinta punibilidade pela prescrição)	1h16'40"	70
AP 619	Dep. Federal Valmir Assunção (PT-BA)	Absolvição do crime de dano contra o patrimônio público	34'58"	27
AP 450	Dep. Federal Jairo Ataíde (DEM-MG)	Absolvição da acusação de não repassar contribuições previdenciárias ao Instituto Municipal dos Servidores Públicos de Montes Claros (Previmoc) em 2003	22'51"	38
AP 560	Dep. Federal Marco Antônio Tebaldi	Inexigência de licitação	9'45"	207

*só foi disponibilizada a ementa e o extrato da ata.

QUADRO 2

Duração dos Julgamentos

	Processo	Data sessão	Início	Fim	Duração
Primeira Turma	AP 347	16/12/2014	16:44:00	17:46:46	01:02:46
	AP 523	09/12/2014	14:44:11	15:07:55	00:23:44
	AP 521	02/12/2014	14:15:41	14:59:40	00:43:59
	AP 595	25/11/2014	16:22:42	17:09:35	00:46:53
	AP 678	18/11/2014	14:43:21	15:05:43	00:22:22
	AP 497	07/10/2014	15:38:05	15:42:26	00:04:21
	AP 611	30/09/2014	14:08:19	15:42:39	01:34:20
	AP 404	23/09/2014	15:46:18	16:10:56	00:24:38
	AP 530	09/09/2014	14:14:13	16:27:56	02:13:43
			17:13:00	17:38:53	00:25:53
	AP 559	26/08/2014	14:55:49	15:09:56	00:14:07
Segunda	AP 560	25/08/2015	14:39:27	14:49:12	00:09:45
	AP450	18/11/2014	14:55:50	15:18:41	00:22:51
	AP 619	18/11/2014	14:20:52	14:55:50	00:34:58
	AP 556	11/11/2014	14:39:40	15:56:20	01:16:40

Turma	AP 572	11/11/2014	15:57:02	16:09:09	00:12:07
	AP 563	24/09/2477	14:19:59	16:06:32	01:46:33
	AP 858	26/08/2014	15:15:48	16:54:45	01:38:57

Plenário	AP409	13/05/2010	14:26:12	16:46:16	02:20:04
			17:21:54	18:51:42	01:29:48
	AP 516	27/09/2010	14:31:39	16:57:41	02:26:02
	AP 481	08/09/2011	14:38:13	15:21:53	00:43:40
			16:49:48	19:30:26	02:40:38
	AP 396	28/10/2010	14:41:40	16:27:04	01:45:24
			17:17:21	18:53:41	01:36:20
	AP 470	196			

QUADRO 3

Os núcleos da denúncia

Item da Denúncia	Réus
II) QUADRILHA (De Souza, 2006, p. 38-39)	a) JOSÉ DIRCEU, DELÚBIO SOARES, JOSÉ GENOÍNO, SÍLVIO PEREIRA, RAMON HOLLERBACH, CRISTIANO DE MELLO PAZ, ROGÉRIO TOLENTINO, SIMONE VASCONCELOS, GEIZA DIAS, JOSÉ ROBERTO SALGADO, AYANNA TENÓRIO, VINÍCIUS SAMARANE e KÁTIA RABELLO estão incurso nas penas do artigo 288 do Código Penal (quadrilha); e b) MARCOS VALÉRIO, em concurso material, está incurso nas penas do: b.1) artigo 288 do Código Penal (quadrilha); e c.2) 2 (duas) vezes no artigo 299, segunda parte (documento particular), do Código Penal (utilização da sua esposa Renilda como laranja nas empresas SMP&B e Graffiti Participação Ltda.).
III – DESVIO DE RECURSOS PÚBLICOS III.1 – CÂMARA DOS DEPUTADOS (De Souza, 2006, p. 56-57)	a) JOÃO PAULO CUNHA, em concurso material, está incurso nas penas do: a.1) artigo 317 do Código Penal Pátrio (recebimento de cinquenta mil reais); a.2) artigo 1º, incisos V, VI e VII, da Lei n.º 9.613/1998 (utilização da Sra. Márcia Regina para receber cinquenta mil reais); e a.3) 02 (duas) vezes no artigo 312 do Código Penal (desvio de R\$252.000,00 em proveito próprio e R\$ 536.440,55 em proveito alheio); e

	<p>b) MARCOS VALÉRIO, RAMON HOLLERBACH, CRISTIANO PAZ e ROGÉRIO TOLENTINO, em concurso material, estão incurso nas penas do:</p> <p>b.1) artigo 333 do Código Penal Pátrio (pagamento de cinquenta mil reais); e</p> <p>b.2) artigo 312 do Código Penal (desvio de R\$ 536.440,55).</p>
<p>III.2 - CONTRATOS N.º 99/1131 E 01/2003 - DNA PROPAGANDA LTDA E BANCO DO BRASIL (PROCESSO TC 019.032/2005-0)</p>	<p>a) HENRIQUE PIZZOLATO está incurso nas penas do artigo 312 do Código Penal (desvio de R\$ 2.923.686,15 em proveito alheio); e</p> <p>b) MARCOS VALÉRIO, RAMON HOLLERBACH, CRISTIANO PAZ e ROGÉRIO TOLENTINO estão incurso nas penas do artigo 312 do Código Penal (desvio de R\$ 2.923.686,15). (De Souza, 2006, p. 61)</p>
<p>III.3 – TRANSFERÊNCIAS DE RECURSOS DO BANCO DO BRASIL PARA A EMPRESA DNA PROPAGANDA LTDA POR MEIO DA COMPANHIA BRASILEIRA DE MEIOS DE PAGAMENTO – VISANET</p> <p>(De Souza, 2006, p. 68-69)</p> <p>III.4 – CONTRATO N.º 31/2001 – SMP&B/MINISTÉRIO DOS ESPORTES; CONTRATO N.º 12.371/2003 – SMP&B/EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS – ECT; CONTRATO N.º 4500002303 - DNA PROPAGANDA/CENTRAIS ELÉTRICAS DO NORTE DO BRASIL S.A./ELETRONORTE</p>	<p>a) HENRIQUE PIZZOLATO, em concurso material, está incurso nas reprimendas do: a.1) artigo 317 do Código Penal Pátrio (recebimento de R\$ 326.660,27);</p> <p>a.2) artigo 1º, incisos V, VI e VII, da Lei n.º 9.613/1998 (utilização do Sr. Luiz Eduardo Ferreira para receber R\$ 326.660,27); e</p> <p>a.3) 4 (quatro) vezes no artigo 312 do Código Penal (19.05.2003 – R\$ 23.300.000,00; 28.11.2003 – R\$ 6.454.331,43; 12.03.2004 – R\$35.000.000,00; e 01.06.2004 – R\$9.097.024,75);</p> <p>b) LUIZ GUSHIKEN, em concurso material, está incurso 4 (quatro) vezes nas reprimendas do artigo 312 do Código Penal (19.05.2003 – R\$ 23.300.000,00; 28.11.2003 – R\$ 6.454.331,43; 12.03.2004 – R\$35.000.000,00; e 01.06.2004 – R\$9.097.024,75);</p> <p>c) MARCOS VALÉRIO, RAMON HOLLERBACH, CRISTIANO PAZ e ROGÉRIO TOLENTINO, em concurso material, estão incurso nas reprimendas do:</p> <p>c.1) artigo 333 do Código Penal Pátrio (pagamento de</p>

	<p>R\$ 326.660,27); e</p> <p>c.2) 4 (quatro) vezes no artigo 312 do Código Penal (19.05.2003 – R\$ 23.300.000,00; 28.11.2003 – R\$ 6.454.331,43; 12.03.2004 – R\$35.000.000,00; e 01.06.2004 – R\$9.097.024,75); e</p> <p>d) JOSÉ DIRCEU, JOSÉ GENOÍNO, SÍLVIO PEREIRA e DELÚBIO SOARES, em concurso material, estão incurso 4 (quatro) vezes nas reprimendas do artigo 312 do Código Penal (19.05.2003 – R\$ 23.300.000,00; 28.11.2003 – R\$ 6.454.331,43; 12.03.2004 – R\$35.000.000,00; e 01.06.2004 – R\$9.097.024,75).</p>
<p>IV – LAVAGEM DE DINHEIRO – LEI N.º 9.613/98</p> <p>(De Souza, 2006, p. 85)</p>	<p>MARCOS VALÉRIO, RAMON HOLLERBACH, CRISTIANO PAZ, ROGÉRIO TOLENTINO, SIMONE VASCONCELOS, GEIZA DIAS, JOSÉ ROBERTO SALGADO, AYANNA TENÓRIO, VINÍCIUS SAMARANE e KÁTIA RABELLO, em concurso material, estão incurso 65 (sessenta e cinco) vezes nas penas do artigo 1º, incisos V, VI e VII, da Lei n.º 9.613/1998 (todas as operações de recebimento viabilizadas pela engrenagem de lavagem de dinheiro montada pelo núcleo Banco Rural, utilizada pelo núcleo Marcos Valério e que constam na presente denúncia).</p>
<p>V – GESTÃO FRAUDULENTA DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA – ARTIGO 4º DA LEI N.º 7.492/86</p> <p>(De Souza, 2006, p. 94)</p>	<p>JOSÉ ROBERTO SALGADO, AYANNA TENÓRIO, VINÍCIUS SAMARANE e KÁTIA RABELLO estão incurso nas penas do artigo 4º da Lei n.º 7.492/1986.</p>
<p>VI – CORRUPÇÃO ATIVA, CORRUPÇÃO PASSIVA, QUADRILHA E LAVAGEM DE DINHEIRO (PARTIDOS DA BASE ALIADA DO GOVERNO)</p> <p>VI.1 – PARTIDO PROGRESSISTA</p> <p>(De Souza, 2006, p. 103-104)</p>	<p>a) JOSÉ DIRCEU, DELÚBIO SOARES, JOSÉ GENOÍNO, SÍLVIO PEREIRA, MARCOS VALÉRIO, RAMON HOLLERBACH, CRISTIANO PAZ, ROGÉRIO TOLENTINO, SIMONE VASCONCELOS e GEIZA DIAS, em concurso material, estão incurso 3 (três) vezes nas penas do artigo 333 do Código Penal (parlamentares Federais Pedro Corrêa, Pedro Henry e José Janene);</p>

	<p>b) JOSÉ JANENE, PEDRO CORRÊA e PEDRO HENRY, em concurso material, estão incursos nas penas do:</p> <p>b.1) artigo 288 do Código Penal (quadrilha);</p> <p>b.2) artigo 317 do Código Penal (corrupção passiva); e</p> <p>b.3) 15 (quinze) vezes no artigo 1º, incisos V, VI e VII, da Lei n.º 9.613/1998 (quatro saques via João Cláudio Genú, quatro saques via Bônus Banval e sete transferências via conta da Natimar);</p> <p>c) JOÃO CLÁUDIO GENÚ, em concurso material, está incurso nas penas do: c.1) artigo 288 do Código Penal (quadrilha); c.2) 3 (três) vezes no artigo 317 do Código Penal (corrupção passiva: Parlamentares Federais Pedro Corrêa, Pedro Henry e José Janene); e c.3) 15 (quinze) vezes no artigo 1º, incisos V, VI e VII, da Lei n.º 9.613/1998 (quatro saques próprios, quatro saques via Bônus Banval e sete transferências via conta da Natimar);</p> <p>d) ENIVALDO QUADRADO e BRENO FISCHBERG, em concurso material, estão incursos nas penas do:</p> <p>d.1) artigo 288 do Código Penal (quadrilha); e</p> <p>d.2) 11 (onze) vezes no artigo 1º, incisos V, VI e VII, da Lei n.º 9.613/1998 (quatro saques via Bônus Banval e sete transferências via conta da Natimar); e</p> <p>e) CARLOS ALBERTO QUAGLIA, em concurso material, está incurso nas penas do:</p> <p>e.1) artigo 288 do Código Penal (quadrilha); e</p> <p>e.2) 7 (sete) vezes no artigo 1º, incisos V, VI e VII, da Lei n.º 9.613/1998 (sete transferências via conta da Natimar).</p>
<p>VI.2 – PARTIDO LIBERAL</p> <p>(De Souza, 2006, p. 112-114)</p>	<p>a) JOSÉ DIRCEU, DELÚBIO SOARES, JOSÉ GENOÍNO, SÍLVIO PEREIRA, MARCOS VALÉRIO, RAMON HOLLERBACH, CRISTIANO PAZ, ROGÉRIO TOLENTINO, SIMONE</p>

	<p>VASCONCELOS e GEIZA DIAS, em concurso material, estão incurso 2 (duas) vezes nas penas do artigo 333 do Código Penal (parlamentares Federais Valdemar Costa Neto e Bispo Rodrigues);</p> <p>b) VALDEMAR COSTA NETO, em concurso material, está incurso nas penas do: b.1) artigo 288 do Código Penal (quadrilha); b.2) artigo 317 do Código Penal (corrupção passiva); e b.3) 41 (quarenta e uma) vezes no artigo 1º, incisos V, VI e VII, da Lei n.º 9.613/1998 (sete saques via Jacinto Lamas, um saque via Antônio Lamas e trinta e três operações via Guaranhuns); c) JACINTO LAMAS, em concurso material, está incurso nas penas do: c.1) artigo 288 do Código Penal (quadrilha); c.2) artigo 317 do Código Penal (corrupção passiva: Parlamentar Federal Valdemar Costa Neto); e c.3) 40 (quarenta) vezes no artigo 1º, incisos V, VI e VII, da Lei n.º 9.613/1998 (sete saques próprios e trinta e três operações via Guaranhuns); d) ANTÔNIO LAMAS, em concurso material, está incurso nas penas do: d.1) artigo 288 do Código Penal (quadrilha); e d.2) artigo 1º, incisos V, VI e VII, da Lei n.º 9.613/1998 (um saque próprio); e BISPO RODRIGUES, em concurso material, está incurso nas penas do: e.1) artigo 317 do Código Penal (corrupção passiva); e</p> <p>e.2) 2 (duas) vezes no artigo 1º, incisos V, VI e VII, da Lei n.º 9.613/1998 (dois saques via Célio Marcos).</p>
<p>VI.3 – PARTIDO TRABALHISTA BRASILEIRO</p> <p>(De Souza, 2006, p. 117-118)</p>	<p>a) JOSÉ DIRCEU, DELÚBIO SOARES, JOSÉ GENOÍNO, SÍLVIO PEREIRA, MARCOS VALÉRIO, RAMON HOLLERBACH, CRISTIANO PAZ, ROGÉRIO TOLENTINO, SIMONE VASCONCELOS e GEIZA DIAS, em concurso material, estão incurso 3 (três) vezes nas penas do artigo 333 do Código Penal (parlamentares federais José Carlos Martinez, Roberto Jefferson e Romeu Queiroz);</p> <p>b) ANDERSON ADAUTO, em concurso material, está incurso 2 (duas) vezes nas penas do artigo 333 do Código Penal (parlamentares federais Roberto Jefferson e Romeu Queiroz);</p>

	<p>c) ROBERTO JEFFERSON, em concurso material, está incurso nas penas do:</p> <p>c.1) artigo 317 do Código Penal; e</p> <p>c.2) 7 (sete) vezes no artigo 1º, incisos V, VI e VII, da Lei n.º 9.613/1998 (dois saques de José Hertz, três de Alexandre Chaves e dois recebimentos de Marcos Valério);</p> <p>d) ROMEU QUEIROZ, em concurso material, está incurso nas penas do:</p> <p>d.1) artigo 317 do Código Penal; e</p> <p>d.2) 4 (quatro) vezes no artigo 1º, incisos V, VI e VII, da Lei n.º 9.613/1998 (três saques de José Hertz e um de Paulo Leite); e</p> <p>e) EMERSON PALMIERI, em concurso material, está incurso nas penas do:</p> <p>e.1) 3 (três) vezes no artigo 317 do Código Penal (parlamentares federais José Carlos Martinez, Roberto Jefferson e Romeu Queiroz); e</p> <p>e.2) 10 (dez) vezes no artigo 1º, incisos V, VI e VII, da Lei n.º 9.613/1998 (três saques de José Hertz, dois saques de Jair dos Santos, três saques de Alexandre Chaves e dois recebimentos de Marcos Valério).</p>
<p>VI.4 – PARTIDO MOVIMENTO DEMOCRÁTICO BRASILEIRO - PMDB</p> <p>(De Souza, 2006, p. 120-121)</p>	<p>a) JOSÉ DIRCEU, DELÚBIO SOARES, JOSÉ GENOÍNO, SÍLVIO PEREIRA, MARCOS VALÉRIO, RAMON HOLLERBACH, CRISTIANO PAZ, ROGÉRIO TOLENTINO, SIMONE VASCONCELOS e GEIZA DIAS estão incursos nas penas do artigo 333 do Código Penal (Parlamentar José Borba); e</p> <p>b) JOSÉ BORBA, em concurso material, está incurso nas penas do: b.1) artigo 317 do Código Penal; e b.2) 6 (seis) vezes no artigo 1º, incisos V, VI e VII, da Lei n.º 9.613/1998 (seis saques das quantias).</p>
<p>VII – LAVAGEM DE DINHEIRO (PARTIDO DOS TRABALHADORES E O EX-MINISTRO DOS TRANSPORTES)</p>	<p>a) PAULO ROCHA, em concurso material, está incurso 8 (oito) vezes nas penas do artigo 1º, incisos V, VI e VII, da Lei n.º 9.613/1998 (oito saques das</p>

<p>(De Souza, 2006, p. 127)</p>	<p>quantias por Anita Leocádia e Charles dos Santos Dias);</p> <p>b) ANITA LEOCÁDIA, em concurso material, está incurso 7 (sete) vezes nas penas do artigo 1º, incisos V, VI e VII, da Lei n.º 9.613/1998 (sete saques das quantias por Anita Leocádia);</p> <p>c) JOÃO MAGNO, em concurso material, está incurso 4 (quatro) vezes nas penas do artigo 1º, incisos V, VI e VII, da Lei n.º 9.613/1998 (quatro saques das quantias por Charles Antônio Ribeiro e Paulo Vieira Albrigo);</p> <p>d) LUIZ CARLOS DA SILVA, vulgo “PROFESSOR LUIZINHO”, está incurso nas penas do artigo 1º, incisos V, VI e VII, da Lei n.º 9.613/1998 (saque da quantia por José Nilson); e</p> <p>e) ANDERSON ADAUTO e JOSÉ LUIZ ALVES, em concurso material, estão incursos 16 (dezesesseis) vezes nas penas do artigo 1º, incisos V, VI e VII, da Lei n.º 9.613/1998 (dezesesseis saques por José Luiz Alves).</p>
<p>VIII – EVASÃO DE DIVISAS E LAVAGEM DE DINHEIRO – DUDA MENDONÇA E ZILMAR FERNANDES</p> <p>(De Souza, 2006, p. 133-134)</p>	<p>a) MARCOS VALÉRIO, RAMON HOLLERBACH, CRISTIANO PAZ, ROGÉRIO TOLENTINO, SIMONE VASCONCELOS e GEIZA DIAS estão incursos 53 (cinquenta e três) vezes nas penas do artigo 22, parágrafo único, da Lei n.º 7.492/1986 (depósitos na conta Dusseldorf);</p> <p>b) JOSÉ ROBERTO SALGADO, AYANNA TENÓRIO, VINÍCIUS SAMARANE e KÁTIA RABELLO estão incursos 27 (vinte e sete) vezes nas penas do artigo 22, parágrafo único, da Lei n.º 7.492/1986 (depósitos na conta Dusseldorf por meio das empresas Trade Link Bank, Rural International Bank, IFE Banco Rural e Banco Rural Europa); e</p> <p>c) DUDA MENDONÇA e ZILMAR FERNANDES, em concurso material, estão incursos nas penas:</p> <p>c.1) do artigo 22, parágrafo único, da Lei 7.492/1986 (manter conta não declarada no exterior). e</p> <p>c.2) 53 (cinquenta e três) vezes no artigo 1º, incisos V, VI e VII, da Lei n.º 9.613/1998 (depósitos na conta</p>

	Dusseldorf).
--	--------------

QUADRO 4
Condenação, Réus e Crime

Condenação	Réus	Crime
Formação de Quadrilha	Condenação de José Dirceu de Oliveira e Silva, Delúbio Soares de Castro, José Genoíno Neto, Marcos Valério Fernandes de Souza, Ramon Hollerbach Cardoso, Cristiano de Mello Paz, Rogério Lanza Tolentino, Simone Reis Lobo de Vasconcelos, Kátia Rabello e José Roberto Salgado	pelo crime descrito no art. 288 do Código Penal
Item III.1 da denúncia	Condenação dos réus João Paulo Cunha, Marcos Valério, Cristiano Paz e Ramon Hollerbach	dos crimes de peculato (art. 312 do CP).
	Condenação do réu João Paulo Cunha	delito Lavagem de dinheiro, descrito no art. 1º, V e VI, da Lei 9.613/98, na redação em vigor à época do fato.
CAPÍTULO III DA DENÚNCIA. SUBITEM III.2. PECULATO. DESVIO DE RECURSOS PERTENCENTES AO BANCO DO BRASIL	Condenação dos réus Henrique Pizzolato, Marcos Valério, Cristiano Paz e Ramon Hollerbach,	crime definido no art. 312 do Código Penal.
CAPÍTULO III DA DENÚNCIA. SUBITEM III.3. CORRUPÇÃO PASSIVA, CORRUPÇÃO ATIVA, PECULATO E LAVAGEM DE DINHEIRO. DESVIO DE RECURSOS ORIUNDOS DE PARTICIPAÇÃO DO BANCO DO BRASIL NO FUNDO VISANET. ACUSAÇÃO JULGADA PROCEDENTE.	Condenação do réu Henrique Pizzolato, Marcos Valério, Cristiano Paz e Ramon Hollerbach, Condenação do réu Henrique Pizzolato	delito descrito no artigo 317 do Código Penal (corrupção passiva) crime tipificado no artigo 333 do Código Penal (corrupção ativa). delito de lavagem de dinheiro, nos termos do art. 1º, V e VI, da Lei 9.613/98, na redação em vigor à época do fato.
	Henrique Pizzolato, Marcos	crime de peculato (art. 312 do

	Valério, Cristiano Paz e Ramon Hollerbach.	Código Penal).
ITEM IV DA DENÚNCIA. LAVAGEM DE DINHEIRO (ART. 1º, V E VI, DA LEI 9.613/1998). FRAUDES CONTÁBEIS, SIMULAÇÃO DE EMPRÉSTIMOS BANCÁRIOS E REPASSES DE VALORES ATRAVÉS DE BANCO, COM DISSIMULAÇÃO DA NATUREZA, ORIGEM, LOCALIZAÇÃO, DISPOSIÇÃO E MOVIMENTAÇÃO DE TAIS VALORES, BEM COMO OCULTAÇÃO DOS VERDADEIROS PROPRIETÁRIOS DESSAS QUANTIAS, QUE SABIDAMENTE ERAM PROVENIENTES DE CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL. ATUAÇÃO COM UNIDADE DE DESÍGNIOS E DIVISÃO DE TAREFAS. PROCEDÊNCIA PARCIAL DO PEDIDO.	Condenação de Marcos Valério Fernandes de Souza, Ramon Hollerbach Cardoso, Cristiano de Mello Paz, Rogério Lanza Tolentino, Simone Reis Lobo de Vasconcelos, Kátia Rabello, José Roberto Salgado e Vinícius Samarane.	pelo crime descrito no art. 1º, V e VI, da Lei 9.613/1998 (na redação anterior à Lei 12.683/2012), praticado 46 vezes em continuidade delitiva, salvo em relação a Rogério Lanza Tolentino, a quem o Pleno, contra o voto do relator e dos demais ministros que o acompanharam, atribuiu o crime apenas uma vez.
ITEM V DA DENÚNCIA. GESTÃO FRAUDULENTA DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA (ART. 4º da LEI 7.492/1986). SIMULAÇÃO DE EMPRÉSTIMOS BANCÁRIOS E UTILIZAÇÃO DE DIVERSOS MECANISMOS FRAUDULENTOS PARA ENCOBRIR O CARÁTER SIMULADO DESSAS OPERAÇÕES DE CRÉDITO. ATUAÇÃO COM UNIDADE DE DESÍGNIOS E DIVISÃO DE TAREFAS. PROCEDÊNCIA PARCIAL DO	Condenação de Kátia Rabello, José Roberto Salgado e Vinícius Samarane.	crime descrito no art. 4º da Lei 7.492/198.

PEDIDO.		
CAPÍTULO VI DA DENÚNCIA. SUBITENS VI.1, VI.2, VI.3 E VI.4. CORRUPÇÃO ATIVA E CORRUPÇÃO PASSIVA. ESQUEMA DE PAGAMENTO DE VANTAGEM INDEVIDA A PARLAMENTARES PARA FORMAÇÃO DE “BASE ALIADA” AO GOVERNO FEDERAL NA CÂMARA DOS DEPUTADOS. COMPROVAÇÃO. RECIBOS INFORMAIS. DESTINAÇÃO DOS RECURSOS RECEBIDOS. IRRELEVÂNCIA. AÇÃO PENAL JULGADA PROCEDENTE, SALVO EM RELAÇÃO A DOIS ACUSADOS. CONDENAÇÃO DOS DEMAIS.	<p>Condenação dos réus José Dirceu, José Genoíno, Delúbio Soares, Marcos Valério, Cristiano Paz, Ramon Hollerbach, Rogério Tolentino e Simone Vasconcelos</p> <p>Condenação dos réus Pedro Corrêa, Pedro Henry, João Cláudio Genu, Valdemar Costa Neto, Carlos Alberto Rodrigues Pinto, Jacinto Lamas, Roberto Jefferson, Romeu Queiroz, Emerson Palmieri e José Borba</p>	<p>prática dos crimes de corrupção ativa (art. 317 do Código Penal) que lhes foram imputados.</p> <p>pela prática do crime de corrupção passiva (art. 333 do Código Penal).</p>
CAPÍTULO VI DA DENÚNCIA. SUBITENS VI.1, VI.2, VI.3 E VI.4. LAVAGEM DE DINHEIRO. RECURSOS DE ORIGEM CRIMINOSA. EMPREGO DE MECANISMOS DESTINADOS À OCULTAÇÃO E DISSIMULAÇÃO DA MOVIMENTAÇÃO, DESTINAÇÃO E PROPRIEDADE DOS VALORES. PROCEDÊNCIA, EM PARTE, DA DENÚNCIA.	<p>Condenação dos réus Pedro Corrêa, Pedro Henry, João Cláudio Genu, Enivaldo Quadrado, Breno Fischberg, Valdemar Costa Neto, Carlos Alberto Rodrigues Pinto, Jacinto Lamas, Roberto Jefferson, Romeu Queiroz e Emerson Palmieri,</p>	<p>pela prática do crime de lavagem de dinheiro.</p>
EVASÃO DE DIVISAS (ART. 22, PARÁGRAFO ÚNICO, PRIMEIRA PARTE, DA LEI 7.492/1986). PROMOÇÃO DE OPERAÇÕES ILEGAIS DE SAÍDA DE MOEDA OU DIVISAS PARA O EXTERIOR. PROCEDÊNCIA PARCIAL DO PEDIDO.	<p>Condenação de Marcos Valério Fernandes de Souza, Ramon Hollerbach Cardoso, Simone Reis Lobo de Vasconcelos, Kátia Rabello e José Roberto Salgado,</p>	<p>pela prática do crime previsto na primeira parte do parágrafo único do art. 22 da Lei 7.492/1986, ocorrido 53 vezes em continuidade delitiva.</p>

Absolvição	Réu	Crime
Ausência de prova da participação	Absolvição de Luiz Gushiken	prática do crime de peculato que lhe foi imputado.
ITEM IV DA DENÚNCIA. (art. 386, VII, do Código de Processo Penal).	Absolvição de Geiza Dias Dos Santos e Ayanna Tenório Torres De Jesus	Lavagem de dinheiro, e outros crimes.
ITEM V DA DENÚNCIA. (art. 386, VII, do Código de Processo Penal).	Absolvição de Ayanna Tenório Torres De Jesus	Gestão Fraudulenta De Instituição Financeira etc.
CAPÍTULO VI DA DENÚNCIA.	Absolvição dos réus Anderson Adatao e Geiza Dias	por falta de provas suficientes à condenação
CAPÍTULO VI DA DENÚNCIA	Absolvição do réu Antônio Lamas,	por falta de provas suficientes à condenação
CAPÍTULO VI DA DENÚNCIA	Absolvição do réu José Borba.	em razão do empate na votação, nos termos da questão de ordem resolvida pelo Plenário.
CAPÍTULO VI DA DENÚNCIA. SUBITENS VI.1 E VI.2. FORMAÇÃO DE QUADRILHA. ACUSAÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE.	Absolvição do réu Antônio Lamas Absolvição dos réus Breno Fischberg e Pedro Henry	por falta de provas para a condenação por falta de provas para a condenação
	Absolvição dos réus Pedro Corrêa, João Cláudio Genu, Enivaldo Quadrado, Valdemar Costa Neto e Jacinto Lamas.	tendo em vista o empate na votação, nos termos da questão de ordem resolvida pelo plenário.
ITEM VII DA DENÚNCIA. LAVAGEM DE DINHEIRO (ART. 1º, V, VI E VII, DA LEI 9.613/1998). INEXISTÊNCIA DE PROVA SUFICIENTE DE QUE OS RÉUS TINHAM CONHECIMENTO DOS CRIMES ANTECEDENTES. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. A dissimulação da origem,	Absolvição de Anita Leocádia Pereira da Costa, Luiz Carlos da Silva (Professor Luizinho) e José Luiz Alves. Absolvição de Paulo Roberto	não há prova suficiente de que os acusados tinham conhecimento dos crimes antecedentes à lavagem do dinheiro. Conforme decidido em questão de

<p>localização e movimentação de valores sacados em espécie, com ocultação dos verdadeiros proprietários ou beneficiários dessas quantias, não caracteriza o delito previsto no art. 1º, V e VI, da Lei 9.613/1998 (na redação anterior à Lei 12.683/2012),</p> <p>(art. 386, VII, do Código de Processo Penal).</p>	<p>Galvão da Rocha, João Magno de Moura e Anderson Adauto Pereira, ante o empate na votação</p>	<p>ordem pelo Plenário.</p>
<p>ITEM VIII DA DENÚNCIA. LAVAGEM DE DINHEIRO. MANUTENÇÃO DE CONTA NÃO DECLARADA NO EXTERIOR. EVASÃO DE DIVISAS. PROCEDÊNCIA PARCIAL DO PEDIDO. LAVAGEM DE DINHEIRO (ART. 1º, V, VI e VII DA LEI 9.613/1998). INEXISTÊNCIA DE PROVA SUFICIENTE DE QUE OS RÉUS TINHAM CONHECIMENTO DOS CRIMES ANTECEDENTES. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO.</p> <p>(art. 386, VII, do Código de Processo Penal).</p>	<p>Absolvição de José Eduardo Cavalcanti de Mendonça (Duda Mendonça) e Zilmar Fernandes Silveira</p>	<p>quanto à acusação de lavagem de dinheiro referente aos cinco repasses de valores realizados em agência do Banco Rural S/A em São Paulo.</p>
<p>MANUTENÇÃO DE DEPÓSITOS NÃO DECLARADOS NO EXTERIOR (ART. 22, PARÁGRAFO ÚNICO, SEGUNDA PARTE, DA LEI 7.492/1986). SALDO INFERIOR A US\$ 100.000,00 NAS DATAS-BASE FIXADAS PELO BANCO CENTRAL DO BRASIL. DESNECESSIDADE, NESSE CASO, DE DECLARAÇÃO DOS DEPÓSITOS EXISTENTES. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO.</p>	<p>Absolvição de José Eduardo Cavalcanti de Mendonça (Duda Mendonça) e Zilmar Fernandes Silveira.</p>	

(art. 386, VII, do Código de Processo Penal)		
EVASÃO DE DIVISAS (ART. 22, PARÁGRAFO ÚNICO, PRIMEIRA PARTE, DA LEI 7.492/1986) (art. 386, VII, do Código de Processo Penal)	Absolvição de Cristiano De Mello Paz, Geiza Dias Dos Santos e Vinícius Samarane	Improcedência Do Pedido
LAVAGEM DE DINHEIRO (ART. 1º, V, VI e VII DA LEI 9.613/1998). INEXISTÊNCIA DE PROVA SUFICIENTE DE QUE OS RÉUS TINHAM CONHECIMENTO DOS CRIMES ANTECEDENTES. A ocultação ou dissimulação da natureza, origem, localização, movimentação e propriedade de valores recebidos não caracteriza o delito previsto no art. 1º, V e VI, da Lei 9.613/1998 (na redação anterior à Lei 12.683/2012)	Absolvição de José Eduardo Cavalcanti De Mendonça (Duda Mendonça) e Zilmar Fernandes Silveira, quanto à acusação de lavagem de dinheiro relacionada às 53 operações de evasão de divisas (art. 386, VII, do Código de Processo Penal).	Improcedência do Pedido, se não há prova suficiente, como no caso, de que os acusados tinham conhecimento dos crimes antecedentes à lavagem do dinheiro.

QUADRO 5

Condenados, Crimes e Penas

Condenado	Crime	Pena
Carlos Alberto Rodrigues Pinto	Corrupção passiva e lavagem de dinheiro	6 anos e 3 meses
Cristiano Paz	Corrupção ativa, peculato, lavagem de dinheiro	23 anos, 8 meses e 20 dias
Delúbio Soares de Castro	Corrupção ativa	6 anos e 8 meses
Jacinto Lamas	Corrupção passiva (pena prescrita) e lavagem de dinheiro	5 anos
João Paulo Cunha	Corrupção passiva, peculato	6 anos e 4 meses
José Dirceu e Oliveira e Silva	Corrupção ativa	7 anos e 11 meses

José Genoíno Neto	Corrupção ativa	4 anos e 8 meses
José Roberto Salgado	Lavagem de dinheiro, gestão fraudulenta, evasão de divisas	14 anos e 5 meses
Kátia Rabello	Lavagem de dinheiro; gestão fraudulenta; evasão de divisas	14 anos e 5 meses
Marcos Valério Fernandes de Souza	Corrupção ativa, peculato, lavagem de dinheiro, evasão de divisas	37 anos, 5 meses e 6 dias
Pedro Corrêa	Corrupção passiva e lavagem de dinheiro	7 anos e 2 meses
Pedro Henry Neto	Corrupção passiva e lavagem de dinheiro	7 anos e 2 meses
Ramon Hollerbach	Corrupção ativa; peculato; lavagem de dinheiro; evasão de divisas	27 anos, 4 meses e 20 dias
Roberto Jefferson Monteiro Francisco	Corrupção passiva; lavagem de dinheiro	7 anos e 14 dias
Rogério Tolentino	Corrupção ativa, lavagem de dinheiro	6 anos e 2 meses
Romeu Queiroz	Corrupção passiva; lavagem de dinheiro	6 anos e 6 meses
Simone Reis Vasconcelos	Formação de quadrilha (prescreveu); corrupção ativa; lavagem de dinheiro; evasão de divisas	12 anos 7 meses e 20 dias
Valdemar Costa Neto	Corrupção passiva e lavagem de dinheiro	7 anos e 10 meses
Vinícius Samarane	Lavagem de dinheiro, gestão fraudulenta	8 anos, 9 meses e 10 dias

Quadro 6

Ministro	Expressões e página do acórdão da AP 470/MG
Joaquim Barbosa	<p>“Crimes tais como crimes contra a administração pública; crimes gravíssimos, como corrupção ativa, corrupção passiva, peculato, lavagem de dinheiro.” e (Página 6297)</p> <p>“Com efeito, o crime de corrupção ativa, tal como praticado, tem por consequência uma lesão gravíssima à democracia, que se caracteriza precisamente pelo diálogo entre opiniões e visões distintas das dos representantes eleitos pelo povo.” (Página 5896)</p>
Cármem Lúcia	<p>“Os tristes fatos narrados nos autos deste processo, desde a sua exposição inicial, foram causa de enorme desgosto ao povo brasileiro.” mesma página 1787, “o Brasil vê-se a braços com caso gravíssimo de corrupção, que é o que está na base do presente processo.” (Página 1787)</p> <p>“Tomo como certo que a narrativa dos fatos pesaram na alma cívica dos brasileiros, e o que lhes anuviou a esperança de um Brasil com brios, o que lhes empanou o direito de dormir sem ter sequer de desconfiar da afronta à ética nos espaços públicos, estatais ou não, nos quais a moralidade é princípio constitucional, todos estes fatos, repito, esmoreceram a confiança na República. E a confiança nas instituições estatais é base da Democracia.” (Página 1788)</p> <p>“Por tudo, portanto, por uma Minas que não esquece Joaquim Silvério dos Reis, mas faz sua história pelo exemplo de Tiradentes é que lamento pelos dissabores cívicos que passaram os brasileiros em sua santa indignação pelos fatos descritos no que veio a ser relatado nesta ação penal e cujo julgamento – segundo o direito e as provas produzidas.” (Página 1790)</p>
Celso de Mello	<p>Citando Magalhães Noronha, “o comércio da função pública, caracterizador do gravíssimo delito de corrupção passiva, reclama, dentre os diversos elementos que tipificam essa modalidade delituosa, um requisito de ordem objetiva consistente em ‘haver relação entre o ato executado ou a executar e a coisa ou utilidade’ oferecida, entregue ou meramente prometida ao servidor público.” (Página 2446)</p> <p>(...) Este processo criminal, senhor presidente, revela a face sombria daqueles que, no controle do aparelho de Estado, transformaram a cultura da transgressão em prática ordinária e desonesta de poder, como se o exercício das instituições da República pudesse ser degradado a uma função de mera satisfação instrumental de interesses governamentais ou desígnios pessoais. (Página 4487)</p> <p>A conduta dos réus, notadamente daqueles que ostentam ou ostentaram funções de governo, maculou</p>

	<p>o próprio espírito republicano. Em assuntos de Estado ou de governo, nem o cinismo, nem o pragmatismo, nem a ausência de senso ético e nem o oportunismo podem justificar práticas criminosas, como as ações de corrupção do alto poder executivo ou de agremiações partidárias. (Página 4487)</p> <p>É nesse contexto que se pode dizer que a motivação ética é de natureza republicana. Isso passa pela virtude civil do desejo de viver com dignidade. E pressupõe-se que ninguém poderá viver com dignidade em uma República corrompida (...). Diz o professor Celso Laffer “numa República, o primeiro dever do governante é o senso de Estado, vale dizer, o dever de buscar o bem comum e não o individual ou de grupos. E o primeiro dever do cidadão é de respeitar os outros. (...)”(Página 4487)</p> <p>O conceito de República aponta para o consenso jurídico do governo das leis e não do governo dos homens, ou seja aponta para o valor do Estado de Direito. O governo das leis obstaculiza o efeito corruptor do abuso de poder, das preferências pessoais dos governantes por meio da função equalizadora das normas gerais, que assegura a previsibilidade das ações pessoais e, por tabela, o exercício da liberdade (...).(Página 4488)</p> <p>E numa República as boas leis devem ser conjugadas com os bons costumes dos governantes e dos governados que a elas dão vigência e eficácia. A ausência de bons costumes por parte dos governantes leva à corrupção, que significa destruição (...). O espírito público da postura republicana é o antídoto do efeito deletério da corrupção (...).(Página 4488)</p> <p>Nós sabemos que o cidadão tem o direito de exigir que o estado seja dirigido por administradores íntegros e por juízes incorruptíveis. O fato é que quem tem o poder e a força do estado em suas mãos não tem o direito de exercer em seu próprio proveito. (Página 4491)</p>
Ayes Britto	<p>“Quando se faz uma aliança materialmente incondicionada e sem limite temporal, esse perfil ideológico ressaído das urnas é arbitrariamente</p>

	<p>alterado pelos pactuantes, pelos que fazem esse tipo de acordo político argentário - volto a dizer. Compra-se a consciência do parlamentar propinado, subornado, corrompido; parlamentar que nessa medida trai o povo inteiro, porque trai o mandato popular, o mandato recebido do povo.” (Página 5217)</p> <p>“O Ministro Celso de Mello, com toda razão, fala de conspiração, profanação do ideal republicano diante de um identificado vendilhão do seu próprio ofício público.” (Página 5217)</p> <p>“O Ministro Gilmar Mendes disse que corresponde a um conceito subjetivo -; o povo nutre a confiança no seu Estado como personalização da ordem jurídica em face, ou diante, da criminalidade.” (Página 6227)</p> <p>“É claro que o crime de corrupção ativa de nove parlamentares é gravíssimo, introduz no Brasil uma figura nova: além dos eleitores de cabresto - nós lamentamos tanto essa nossa tradição -, passamos a ter os eleitos de cabresto, porque propinados para votar em um sentido invariável, e é evidente que isso é de uma gravidade sem par, ímpar.” (Página 7232)</p>
Luiz Fux	<p>“Nesse contexto, figura como sujeito passivo do delito toda a coletividade. A sociedade, que espera que sua voz seja ouvida pela casa do povo, ouve uma voz ‘corrompida’. No tenebroso caso relatado nos autos, a paz pública é atingida num de seus valores máximos que é a sua ideologia.” (Página 5939-5940)</p>
Ricardo Lewandowski	<p>“E, mais uma vez, Senhor Presidente, para afastar qualquer ideia de que eu esteja sendo leniente com esses gravíssimos crimes praticados por este réu Ramon Hollerbach, no computo geral, na consolidação das penas, cheguei a doze anos e oito meses de reclusão, mais sessenta e um dias-multa. Isto sem considerar a pena que se acrescerá a esse total, em razão da lavagem de dinheiro pela qual esse réu já foi condenado.” (Página 7065)</p>
Cármem Lúcia	<p>Fez várias exortações dos valores da cidadania, talvez por estar naquele momento exercendo o cargo de Presidente do TSE e as eleições municipais de 2012 estavam prestes a ocorrer, como nas páginas 4159-4160 do acórdão, claramente dirigidas aos auditórios do STF, principalmente aos jovens.</p>

Quadro 7

Vídeos

Ministro	Endereço youtube	Conteúdo
Marco Aurélio	https://www.youtube.com/watch?v=wlnwtDCpziw último acesso 23/1/2016	06:16 “Não é interessante o comparecimento do presidente Luiz Inácio Lula da Silva porque preciso no discurso de posse dar um recado”

		<p>22:13 “No que depender desta cadeira, não haverá condescendência de qualquer ordem, nenhum fim legitimará qualquer meio”.</p> <p>41:30 “Mostraram-se os integrantes em número de 13. É sintomático o número.”</p>
Celso de Mello	https://www.youtube.com/watch?v=q03W-p_UbbM último acesso 24/1/2016	<p>2:01 Quero registrar, neste ponto, Senhor Presidente, tal como salientei em voto anteriormente proferido neste Egrégio Plenário, que o ato de corrupção <u>constitui um gesto de perversão da ética do poder e da ordem jurídica, cabendo ressaltar que o dever de probidade traduz obrigação cuja observância se impõe a todos</u> os cidadãos desta República <u>que não tolera o poder que corrompe nem admite o poder que se deixa corromper.</u></p> <p>2:21 Na realidade, o Supremo Tribunal Federal, <i>na linha de sua longa e histórica tradição republicana,</i> está julgando a presente causa da mesma forma como sempre julgou os demais processos penais que foram submetidos à sua alta apreciação: <i>com independência, com isenção e com fundamento</i> em elementos informativos e licitamente produzidos sob a égide da garantia constitucional do contraditório.</p> <p>4:02 Não constitui demasia enfatizar, Senhor Presidente, que o Supremo Tribunal Federal, neste julgamento, não está procedendo à revisão de sua jurisprudência nem alterando formulações</p>

		conceituais já consolidadas <u>nem flexibilizando</u> direitos e garantias fundamentais, o que seria incompatível, <u>absolutamente incompatível</u> , com as diretrizes que sempre representaram, <i>como ainda continuam a representar</i> , vetores relevantes que orientam a atuação isenta desta Suprema Corte <u>em qualquer</u> processo, <u>quaisquer</u> que sejam os réus, <u>qualquer</u> que seja a natureza dos delitos.
Joaquim Barbosa	https://www.youtube.com/watch?v=SOKHMTQoWD A último acesso 24/1/2016	“desabafo” que “uma maioria de circunstancias, formada sob medida para lançar por terra todo um trabalho primoroso levado a cabo por esta Corte no segundo semestre de 2012.”
Joaquim Barbosa	https://www.youtube.com/watch?v=rabukzcd9aM último acesso 24/1/2016	Desavenças em torno da ordem em que se daria a dosimetria da pena.
Cármem Lúcia	https://www.youtube.com/watch?v=sLdrEjbhioM último acesso 24/1/2016	mensagem aos jovens para que acreditassem nas instituições democráticas, apesar das condenações que o STF acabava de realizar a alguns políticos.
Gilmar Mendes	https://www.youtube.com/watch?v=sArbHRCk1X8 último acesso 24/1/2016	Contra o cabimento de embargos infringentes, por entender ser uma “ousadia”.

Sustentações orais do Procurador-Geral da República e dos advogados

Autor	Endereço youtube	Conteúdo
Procurador-Geral da República -	https://www.youtube.com/watch?v=h1tukT271Ko último acesso 31/7/2015	Trechos da música “Vai passar” de Chico Buarque, “Dormia a nossa pátria mãe tão distraída, sem perceber que era subtraída em tenebrosas transações”.
Leonardo Yarochevsky	https://www.youtube.com/watch?v=2wvsL4u-UJQ último acesso 31/7/2015	Trecho da composição de Chico Buarque “Apesar de Você”: “apesar de você, amanhã há de ser outro dia”.
Luís Maximiliano Leal	https://www.youtube.com/watch?v=R_0lxunSq	Trecho da composição de Cazuza

Telesca Mota	SY último acesso 31/7/2015	“O tempo não para”, na tentativa de atacar a denúncia do Procurador-Geral da República, para isso, apontando para o PGR recitou: “Senhor procurador, a sua piscina está cheia de ratos, mas as suas ideias não correspondem aos fatos”.
Marcelo Leal de Lima Oliveira	https://www.youtube.com/watch?v=Ch0SY4zVQk (posição 1:07:17) último acesso 31/7/20215	Trechos da obra de Cervantes - “Tirado o motivo, tirado o pecado”; Fernando Pessoa, Camões e do poeta Carlos Drummond de Andrade - trecho do poema “Morte do leiteiro”, bem como da obra “O pêndulo de Foucault”, de Umberto Eco, para comparar a denúncia às distorções produzidas por “um espelho côncavo”, e até versos de Khalil Gibran, do poema “As sete pombas brancas”, na intenção de demonstrar como generalizações e acusações falsas podem comprometer a credibilidade de seu cliente.